

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU CONFLIT
des
Lois d'incrimination et de pénalité
dans le temps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sera soutenu le Mardi 25 Mai 1915 à 2 heures

PAR

Alexandre GROUBER

DOCTEUR EN DROIT

Président : M. GARÇON

Suffragants : { *MM. LE POITTEVIN, professeur.*
 { *JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur.*

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1915



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DU CONFLIT

des

Lois d'incrimination et de pénalité dans le temps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sera soutenu le Mardi 25 Mai 1915 à 2 heures

PAR

Alexandre GROUBÉ

DOCTEUR EN DROIT

Président : M. GARÇON

Suffragants : { MM. LE POITTEVIN, professeur.
 JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1915



INTRODUCTION

SOMMAIRE : 1. Position de la question. — 2. Caractère doctrinal de notre étude. — 3. Observations préliminaires.

1. — Tout change. A cette loi générale qui régit l'univers le droit échappe moins que toute autre chose. Les règles du droit se succèdent dans le temps avec une rapidité plus ou moins grande suivant les époques et les circonstances. Et cette succession dans le temps des lois, d'une façon plus générale des règles juridiques différentes, crée une difficulté particulière de leur application. A supposer un fait s'étant produit sous l'empire d'une certaine législation, mais dont les effets se prolongent ou qui parvient à la connaissance des juges sous l'empire d'une législation différente, laquelle de ces deux lois successives doit-elle régir le fait en question ? Tel est, formulé d'une façon abstraite et générale, le problème auquel nous faisons allusion. Ce problème se présente dans les différents compartiments du droit, et il y est depuis longtemps étudié sous le nom de la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la loi. Il se pose également, mais dans des conditions particulières, en matière de droit pénal. Le conflit peut se présenter, en effet, soit pour les lois pénales de fond, soit pour celles de forme, soit même pour l'une et l'autre successivement.

L'étude des règles relatives au conflit des lois crimi-

nelles dans le temps, mais seulement des lois de fond, c'est-à-dire des lois relatives à l'incrimination de la pénalité formera l'objet de notre travail.

2. — Ce travail, nous en prévenons tout de suite, n'est à aucun titre une étude de jurisprudence. On y trouvera sans doute des citations d'arrêts, mais simplement à titre d'exemples, et parce qu'on ne peut parler de la législation française ou étrangère sans citer la jurisprudence qui les applique.

Nous ne voudrions pas non plus qu'on exagérât la portée pratique de nos recherches. Presque toutes les législations positives sont d'accord pour consacrer en cette matière le principe que, de deux lois successives, c'est la loi la plus douce qui doit être appliquée. Nous ne nous proposons aucunement à ébranler cette règle. Mais, dans notre première partie, nous aurons à rechercher son origine, à lui opposer des conceptions doctrinales ou historiques différentes, à apprécier sa valeur au point de vue législatif, à essayer d'en fournir une construction juridique satisfaisante, à faire en un mot œuvre essentiellement doctrinale. Les seules questions d'application pratique dont la solution se rattachera directement à cette étude doctrinale, c'est, d'une part, celle de savoir laquelle des deux lois en présence est la loi compétente lorsqu'elles sont toutes les deux également rigoureuses; c'est d'autre part celle qui s'élève lorsque, au lieu de deux, il y a trois ou un plus grand nombre de

lois en conflit. — Mais, s'il y a accord quant au principe de la compétence de la loi la plus douce, il y a, au contraire, doute et discussions au sujet de différentes questions d'application. Ces questions seront examinées dans la seconde partie de notre travail, et là aussi se fera sentir l'utilité des recherches doctrinales qui en forment le principal objet.

3. — Une constatation préliminaire doit encore être faite : la question du conflit dans le temps des lois d'incrimination et de criminalité est une question indépendante, autonome. — Elle est essentiellement autre que la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois de droit privé. En effet, tandis qu'en droit privé il s'agit, en somme, de régler équitablement un conflit suscité par le caractère antithétique des intérêts particuliers en présence, en droit pénal ce qui s'oppose à l'intérêt de l'inculpé ce n'est pas le droit ou l'intérêt de quelque autre particulier, mais ceux de la collectivité elle-même. — Notre question est distincte aussi des questions analogues qui se posent dans les autres compartiments du droit public. Car l'intérêt de la collectivité qui est ici en question, c'est l'intérêt tout particulier qu'a l'Etat à lutter contre la criminalité au moyen des mesures répressives, intérêt à tel point autonome qu'il a provoqué l'éclosion et le développement de trois sciences, dans une certaine mesure indépendantes les unes des autres : droit pénal proprement dit, criminologie, science pénitentiaire.

De cette constatation deux conséquences découlent, dont l'une est d'ordre méthodologique, dont l'autre concerne la portée de ce travail.

1° *Conséquence d'ordre méthodologique.* — Comme notre problème est un problème particulier, indépendant dans sa solution des règles générales de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois, il ne peut être question en cette matière des déductions des principes généraux régissant les conflits des lois dans le temps. La méthode déductive ne pourra être utilisée qu'autant qu'il s'agira des déductions à tirer des principes généraux du droit pénal ou, après que ces derniers seront établis, des principes du droit pénal se référant à la question du conflit des lois dans le temps. D'ailleurs, toute déduction des principes généraux de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois, même si elle était possible en théorie, aurait été irréalisable en fait. En effet, la théorie générale de la non rétroactivité des lois, malgré la littérature abondante qui s'y réfère, n'est pas encore faite (1).

2° *Conséquence relative à la portée de nos recherches.* — Comme les résultats auxquels nous aboutirons seront justifiés uniquement par des raisons tirées du droit pénal, il est d'évidence que leur généralisation au droit en général ou même rien qu'au droit public n'entre aucunement dans nos vues.

(1) V. sur cette question MM. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 46 et suiv. et les autorités citées.

PREMIÈRE PARTIE

Les principes

SOMMAIRE: 4. Indication générale des questions devant être étudiées.

4. — Pratiquement la solution actuelle du problème du conflit de deux lois successives d'incrimination et de pénalité dans le temps se réduit à la règle de la compétence de la loi la plus douce. Cette solution pratique est l'aboutissant d'une longue évolution historique. Notre question a été beaucoup étudiée et discutée par la doctrine, surtout en Allemagne où les fréquents changements législatifs lui assuraient toujours un intérêt d'actualité, et par rapport à elle différents systèmes se sont produits, dont certains contestent la solution pratique elle-même, dont les autres ne diffèrent entre eux que quant à sa justification au point de vue législatif et à son explication au point de vue juridique. On discute également, dans la doctrine française comme dans la

doctrine allemande, sur le caractère constitutionnel ou non de notre règle.

Exposer, très brièvement, l'origine historique de la solution actuelle (1). Etudier les systèmes de la doctrine française et ceux de la doctrine allemande. Indiquer enfin comment les solutions admises se justifient au point de vue législatif, s'accordent avec les principes généraux du droit et découlent, en droit français, des textes légaux. Trancher par voie de déduction des principes de la sorte établis, la question du caractère supérieur ou non de notre règle. Tels sont les multiples buts que nous nous proposons de poursuivre dans cette première partie de notre travail.

(1) Sur ce point, v. surtout Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, pp. 1-69, von Bar *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. I, pp. 61-68, LASSALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, t. I, *Introduction* et *passim* aux endroits cités *infra*.

CHAPITRE PREMIER

Elaboration historique de la règle de l'application de la loi la plus douce.

SOMMAIRE : 5. Les différents stades de l'évolution.

5. — Au début, l'histoire de la question du conflit dans le temps des lois pénales ne se sépare guère de l'histoire de la question générale de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois. Comme cette question générale, notre problème n'apparaît dans l'histoire juridique des peuples qu'assez tardivement et à un degré d'évolution très avancé. — La première solution nette du problème, nous la trouvons dans le droit romain de l'époque classique, où un système d'une rétroactivité tout au moins partielle de la loi pénale se détache nettement sur le fond de la non-rétroactivité de la loi civile. — Dans les compilations de Justinien, la question du conflit des lois pénales reçoit, au contraire, la même solution que celle du conflit des lois de droit privé : on admet la non-rétroactivité de la loi pénale. — Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale excluant l'application d'une loi nouvelle plus rigoureuse,

le droit romain lègue de la sorte au droit du moyen-âge une partie de la règle actuelle, la préférence sur la loi nouvelle plus rigoureuse accordée à la loi ancienne plus douce. Les juristes italiens du moyen-âge achèvent l'élaboration de notre système, en assurant à une loi nouvelle plus douce la préférence sur la loi ancienne plus rigoureuse. — Après une éclipse assez prolongée, la règle de l'application de la loi la plus douce triomphe définitivement en France sous la Révolution et se propage dans toute l'Europe. — Telle est dans ses grandes lignes l'histoire de notre problème. Sans trop l'approfondir, nous croyons cependant nécessaire de l'exposer d'une façon un peu plus détaillée.

SECTION PREMIÈRE

Les origines

SOMMAIRE : 5 bis. Répression pénale non réglementée par un droit positif. — 6. Droit coutumier. — 7. Le problème étudié peut-il se poser dans les Etats théocratiques? — 8. Droit romain. Rétroactivité partielle de la loi pénale à l'époque classique. — 9. Suite. Les différents essais d'explication. — 10. Le droit impérial. Non-rétroactivité. — 11. Suite. L'exception de la loi nouvelle plus douce que la loi ancienne était-elle déjà admise? — 12. Transition.

5 bis. — Notre problème, avons nous dit, n'est apparu qu'à un certain stade de l'évolution historique du droit pénal. En effet, pour qu'il puisse y avoir conflit entre deux législations pénales, il faut, c'est l'évidence même, qu'il y ait des lois établissant les incriminations et fixant les peines et qu'une loi nouvelle vienne se substituer à la législation antérieure. Aussi aucune solution de notre question n'est-elle possible, cette question elle-même faisant défaut, là où la répression est chose de sentiment collectif ou de vengeance individuelle. Et il en est de même là où la répression pénale a revêtu en principe la forme d'une institution juridique fixe, mais où l'on admet néanmoins la libre punition par les juges

des faits antérieurement non incriminés ou le recours à l'analogie comme à un procédé de l'extension de la loi pénale ; en tant évidemment qu'il s'agit des faits nouveaux et non des faits déjà réglementés.

6. — Impossibilité pour notre problème de se poser pendant toute la très durable époque primitive où il n'y avait point encore de règles pénales précises ; telle est la conséquence qui découle des idées générales qui viennent d'être indiquées. Car il ne peut être question d'un conflit des lois là où toute loi fait défaut. Mais, et la chose est non moins évidente, pour qu'il y ait conflit des lois, il ne suffit pas qu'il y ait une loi ; il faut encore qu'il y ait au moins deux lois successives. Aussi notre problème ne se pose-t-il pas non plus là où seul le droit coutumier existe. Sans doute, soumise à la loi générale de l'évolution, la coutume, elle aussi, se modifie avec le temps. Mais, pour que la question du conflit des lois se pose, il ne suffit pas qu'il y ait changement. Il faut encore *qu'on ait conscience* de ce changement. Or cette conscience fait évidemment défaut là où même les règles nouvelles ne sont appliquées que parce qu'on les croit anciennes.

7. — Ainsi la question de la rétroactivité de la loi pénale ne peut se poser ni partout ni toujours. Elle suppose une société ayant atteint un stade de civilisation assez élevé, possédant un pouvoir législatif proprement

dit. — On a parfois voulu aller plus loin encore. On a prétendu (1) que notre problème ne pouvait pas se poser dans les Etats théocratiques. La loi n'y étant que l'expression de la volonté divine, cette volonté étant essentiellement immuable, toute loi nouvelle n'apparaît, a-t-on dit, que comme une simple loi interprétative. — Nous ne partageons pas cette opinion. L'immutabilité de sa volonté n'est pas tout d'abord un attribut essentiel de la divinité ; on peut fort bien concevoir un Dieu à volontés changeantes et même capricieuses. En second lieu la loi, dans les états théocratiques, ce n'est pas la volonté de Dieu tout court, mais la volonté *exprimée* de Dieu. Dès lors si une déclaration antérieure incomplète ou absente se trouve complétée par une déclaration nouvelle, il n'y a pas simple interprétation du droit antérieur, mais véritable création d'un droit nouveau. En parlant du droit canonique, nous aurons l'occasion de citer un exemple curieux de notre problème et une solution intéressante, consacrant le principe de la non rétroactivité de la loi et détruisant par cela même le prétendu caractère nécessairement interprétatif de toute nouvelle loi d'origine divine (2).

8. — Quoiqu'il en soit de cette question et en laissant

(1) GOEPPERT, *Das Prinzip Gesetze haben keine rückwirkende Kraft*, *Jahrbücher der Dogmatik*, t. XXII, p. 1 et suiv.

(2) V. *infra*, n° 18.

de côté toutes les législations orientales (1), et même la grecque, dont la véritable portée n'est pas encore établie, passons au droit romain de l'époque classique, qui, lui, a incontestablement connu et résolu notre problème. En droit privé, le droit romain de cette époque consacrait d'une façon rigoureuse la règle de la non-rétroactivité de la loi. En droit pénal, le seul que nous ayons à examiner, son système reposait, semble-t-il, sur une distinction entre les délits constituant en même temps une faute morale et les faits qui, quoique punissables, ne sont pas répréhensibles en eux-mêmes. Il est facile d'établir l'exactitude de cette dernière proposition (2) ; mais il en est autrement de son explication, qui est assez délicate.

Le principal témoignage qu'on puisse faire valoir en faveur de notre assertion, c'est indubitablement un passage de Cicéron, *In Verrem*, II, 1 C. 42. Cicéron, tout en indiquant que jamais les lois ne visent le passé, fait toutefois une réserve en ce qui concerne les choses *sua sponte scelerata ac nefaria*. Il dit en effet : « In lege Voconia non est fecit, fecerit : neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quæ sua sponte scelerata ac nefaria est, ut, étiam si lex non esset, magnopere vitanda fuerit ». Or il s'agissait dans cette plai-

(1) V. sur elles LASSALLE, p. 75 et suiv. de la traduction française.

(2) V. dans le même sens VON BAR *op. et loc. cit.*, p. 63 et suiv., et surtout SEEGER, p. 13 et suiv.

doir, pour Cicéron, de mettre en lumière tout l'odieux d'une mesure rétroactive. Il avait donc forcément une tendance non pas à étendre, mais à restreindre le domaine de la rétroactivité légale. S'il faisait une exception en ce qui concerne les actions blâmables en elles-mêmes, c'est que à son époque aucun doute n'existait au sujet de la légitimité des mesures rétroactives visant ces actions.

9. — Donc le fait même de la rétroactivité, dans le droit romain classique, de certaines lois pénales est certain. Comment ce fait s'explique-t-il ? A ce sujet des divergences d'opinion se sont manifestées dans la doctrine. Gabba (1) rattache ce système à l'organisation de la procédure pénale dans la Rome républicaine. Le pouvoir judiciaire résidant dans le peuple, à la fois juge et législateur, les *quæstiones perpetuæ* jugeant par délégation du peuple, chaque jugement devait être considéré comme une loi spéciale à l'espèce jugée ; or la loi peut être rétroactive. Explication d'une insuffisance patente. Car il s'agit non d'expliquer la possibilité de la rétroactivité, ce qui serait dans une certaine mesure satisfaisant si l'on se trouvait en présence d'un phénomène accidentel, mais d'indiquer les raisons de la règle, du principe même de cette rétroactivité.

(1) GABBA, *Della retroattività in materia penale*, p. 20. Il nous a été impossible de nous procurer cet ouvrage. Aussi la citation est-elle faite d'après Von Bar, *op. et loc. cit.*

Aussi cette autre idée paraît-elle plus justifiée. La règle en question se rattache à la conception romaine des rapports entre l'Etat et l'individu (1), celui-ci n'ayant aucun droit à faire valoir à l'encontre de celui-là ; et aussi à l'absence d'une distinction suffisamment nette entre la loi pénale et la loi morale. La positivation tardive et la technique peu développée du droit romain public ont également joué en cette matière un rôle qui ne devrait pas être négligé.

10. — Aussi ne faut-il guère s'étonner en constatant que l'Empire consacra une solution différente. A cette époque c'est la désobéissance à l'ordre de l'Empereur qui devient de plus en plus la base de toute condamnation. Or, dans cette conception, la non-rétroactivité s'impose, la désobéissance à un ordre non encore donné étant chose impossible. Et en effet le système de la non-rétroactivité, qui s'est introduit à un moment impossible à préciser de l'époque impériale, se trouve nettement consacré dans les compilations de Justinien. Sans doute, la célèbre *constitutio Fanta* déclarait applicables les règles contenues aux Institutes et au Digeste « in omnibus causis, sive quæ postea emerserint sive in judiciis adhuc pendent ». Mais cette disposition s'explique par ce fait que l'œuvre de Justinien n'était qu'une consolidation de la législation antérieure: qu'on ne pouvait,

(1) Comp. SEEGER, *op. cit.*, p. 2.

en conséquence, parler ici d'un conflit entre un droit ancien et un droit nouveau. Et la loi 7, au Code, *de lég. et de const.*, proclamait en termes généraux le principe de la non-rétroactivité de toute loi en disant : « *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari* ». Or comme les *negotia* comprenaient aussi les lois pénales (1), comme nulle part une exception visant celles-ci n'était proclamée, comme d'autres textes formulaient le même principe dans des termes tout aussi généraux, il est certain que désormais la règle de la non-rétroactivité s'appliquait aussi aux lois pénales (2).

11. — Ainsi dans le droit de Justinien une loi nouvelle plus sévère ne pouvait pas régir des faits antérieurs à la promulgation de cette loi. Mais une loi nouvelle plus douce était-elle compétente vis-à-vis des faits anciens ? Autrement dit, la loi nouvelle rétroagissait-elle en tant que c'était une loi moins rigoureuse ? Cette question ne présentait pas à cette époque une importance bien grande, car la tendance générale du droit du Bas-Empire était très nettement dans le sens d'une aggravation de la rigueur des peines. Mais néanmoins elle pouvait, dans certains cas, se poser. Or, le principe de

(1) V. VOSBERG, *Ueber die Rückwirkung*, thèse de Breslau de 1898, p. 14 et les autorités citées.

(2) V., en ce qui concerne ces dernières, p. ex., *La Nouvelle* 123.

la loi 7 mettait tout aussi bien obstacle à l'application d'une loi nouvelle plus douce qu'à l'application d'une loi nouvelle plus sévère. Il n'y avait pas de distinction dans la loi et, la loi ne distinguant pas, il ne semble pas que le juge pouvait se montrer plus bienveillant qu'elle. Tout au plus quelques dispositions spéciales s'inspiraient-elles de cette idée d'équité qu'une abrogation d'incrimination ou une modération des peines doivent profiter même aux délinquants ayant agi encore sous l'empire de la loi ancienne. Il est en outre possible qu'en sa qualité de juge suprême l'empereur en tenait parfois compte.

12. — Ainsi l'évolution du droit romain avait abouti, en dernière analyse, à formuler, même par rapport au droit pénal, le principe de la non-rétroactivité de la loi. Ce principe conduisait à la non-application des lois nouvelles plus sévères. Il excluait, ou tout au moins n'imposait pas, l'application immédiate des lois nouvelles plus douces. Cette seconde branche de la règle actuelle a pour origine lointaine le droit des criminalistes italiens du moyen-âge. Elle a pour origine directe la législation de l'époque intermédiaire et la jurisprudence du début du *xix^e* siècle.

SECTION DEUXIÈME

Le moyen-âge

SOMMAIRE: 13. Maintien de la règle de la non-rétroactivité. — 14. Généralités sur les auteurs statutaires. — 15. Premiers tâtonnements. — 16. Victoire de la conception nouvelle.

13. — La science juridique du moyen-âge a maintenu le principe général de la non-rétroactivité des lois. Elle a introduit la règle de l'application immédiate des lois pénales nouvelles plus douces que les lois anciennes.

Le principe général de la non-rétroactivité des lois pénétra dans le droit du moyen-âge par un double canal. Là où le droit romain se maintint ou ressuscita, ce principe fut reconnu et appliqué sous l'influence directe du droit romain. Et, seconde source, apparemment par imitation du droit romain, le droit canon formula, dans des termes à peu près identiques, la même règle. « *Leges et constitutiones, lisons-nous en effet dans le Code canonique, futuris certum sit dare formam negotiis, non ad præterita facta trahi nisi nominatim in eis de præteritis caveat* ». Et le chap. X, de *Const.*, 1, 2, décide plus spécialement par rapport

aux lois punissant des fautes que « res qui culpa carit in damnum vocari non convenit. Quotiens vero quid statuit, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendit: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere » (Const. de Grégoire III, de l'an 598). Enfin la solution suivante prouve que ce système général était appliqué à des dispositions pénales proprement dites. Le décret de Gratien (1), pour justifier Abraham du reproche d'adultère que sa conduite justifiait pleinement, fait observer que l'adultère n'était pas encor prohibé à l'époque où Abarham a vécu et que la peine d'un délit c'est celle qui le menaçait au moment de sa perpétration : « Nondum ergo interdictum adulterium videbatur. Poena criminis ex tempore legis est quæ crimen inhibuit. Nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege. » Solution qui se comprend fort bien, le droit canonique étant dominé par l'idée de l'obéissance due aux commandements divins.

14. — Ainsi l'idée de la non-rétroactivité de toute loi, y compris la loi pénale, se maintint dans une certaine mesure au moyen-âge grâce au droit romain et au droit canon. La règle de l'application immédiate des lois nouvelles plus douces fut introduite par la science italienne de l'époque.

(1) *Decretum Gratiani, causa 32, quaestio IV, canon 3.*

Comme les lois locales, les statuts, étaient fréquemment modifiés dans ces petites républiques qu'étaient les villes italiennes, des conflits des lois pénales devaient s'y produire couramment. Et lorsque la loi nouvelle était plus douce que la loi ancienne, la peine ancienne ayant été jugée inutile ou excessive par le législateur, le sentiment de l'équité poussait à appliquer la loi nouvelle, même aux faits qui lui étaient antérieurs. Toutefois le principe de la non-rétroactivité de la loi semblait s'y opposer. Ce n'est qu'après des tâtonnements qui ont duré longtemps que les auteurs italiens réussirent à l'écarter dans tous les cas des lois nouvelles plus douces.

15. — Au début de la seconde moitié du ^{xiii}^e siècle, le point de vue dominant, c'était encore celui de la non-rétroactivité absolue (1). C'est dans ce sens que se prononçait, entre autres, à cette époque Gandinus (2) ; il appliquait le principe de la non-rétroactivité à l'hypothèse d'une blessure punie d'une composition de 100 livres au moment de la commission de l'acte incriminé, d'une composition supérieure ou inférieure — d'après la loi en vigueur au moment du jugement. Mais déjà au début du ^{xiv}^e siècle Richard Malumbranus écarta cette règle, qui paraissait trop rigoureuse en présence d'une loi nou-

(1) Nous faisons abstraction de quelques passages qui semblent reprendre la distinction du droit romain de l'époque classique. — V. surtout SEEGER, *op. cit.*, p. 57.

(2) GANDINUS, *Tract. de maleficiis, tit. de poenis reorum*, n° 17, cité par SEEGER, *loc. cit.*, p. 51.

velle plus douce. Malumbranus formula sa conception au sujet de l'hypothèse particulière suivante. La ville de Padoue, au moment d'une querelle avec Venise relative à la question du sel, avait fixé à 100 livres la peine de toute vente privée du sel. Postérieurement, la question litigieuse ayant été réglée, cette peine fut abaissée à 25 livres. La question qui se posait était celle de savoir si un individu poursuivi après la promulgation de la loi nouvelle, mais ayant agi sous l'empire de l'ancienne, devait être condamné à une amende de 100 ou à une amende de 25 ? Malumbranus se prononça en faveur de la seconde solution, car, disait-il, il faut distinguer entre l'infraction d'une part et l'expiation de la faute, qui se produit sous l'empire de la loi nouvelle, de l'autre. Argumentation des plus faibles et qui logiquement aurait dû aboutir à l'application aux faits anciens de toute loi nouvelle modificative de la pénalité, que la modification en question eût été faite dans le sens d'une aggravation de rigueur ou dans celui d'un adoucissement de peine. Et d'autre part comme le fait lui-même est du passé, une loi modifiant l'incrimination, rendant licite, par exemple, un fait anciennement prohibé, ne devrait jamais dans ce système s'appliquer aux faits antérieurs, car ce n'est pas d'expiation qu'il s'agit ici. Aussi la solution de Malumbranus se heurta-t-elle, à raison des défauts intrinsèques de sa construction juridique, comme aussi à cause de la mauvaise interprétation des textes romains invoqués par cet auteur, à une résistance ferme. Et Bartole, le plus influent des glossateurs,

la condamna (1). Cependant ce n'était pas pour revenir au principe de la non-rétroactivité absolue, mais pour substituer une distinction différente à la distinction de Malumbranus. L'ancienne loi établissait-elle une peine fixe ? On devra alors l'appliquer aux délits commis sous son empire, même si ces délits sont jugés après la promulgation d'une loi nouvelle. La loi ancienne accordait-elle au juge une certaine latitude dans la détermination de la peine ? C'est alors la loi nouvelle qui sera immédiatement applicable même aux faits anciens. — Cette conception non plus n'eût pas beaucoup de succès. Balde (1327-1400), quoique élève de Bartole, n'accepta pas la doctrine de celui-ci, mais revint à celle de Gandinus.

16. — Cependant la solution préconisée par Malumbranus faisait petit à petit son chemin. Elle fut reprise, sans grand succès, par Bartholomé de Saliceto. Marianus Socinus (2), au contraire, parvint à contrebalancer l'autorité de Bartole. Et la conception de l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce triompha enfin avec Farinacius. Ce grand juriconsulte proclama dans les termes suivants la nouvelle règle :
« Lex, constitutio seu statutum novum, quando minuit poenam statuti antiqui, tunc cum in imponendis poenis inspicitur tempus sententiæ : ideo talis poenæ novæ legis, constitutionis seu statuti, imponitur etiam pro delictis præteritis non punitis (3). »

(1) *Dig. vetus*, 1, 9, *de justitia et de jure*.

(2) Marianus Socinus, *Consilia*, t. I, p. 20, note 2.

(3) PROSPER FARINACIUS, *Fragmenta criminalia*, p. IV, cité par Vosberg, *Wirkungskreis des Strafgesetzes*, p. 21, note 4.

SECTION TROISIÈME.

Origines directes du système actuel.

SOMMAIRE : 17. Le système français moderne ne vient pas d'Italie. Le peu d'importance de la question dans l'ancienne France. — 18. Le droit intermédiaire. Système des peines légales. Nécessité de résoudre le problème. — 19. Incompétence de la loi nouvelle plus sévère. Raisons. Textes. — 20. Loi nouvelle plus douce. — 21. Conclusion. Transition.

17. — Nous venons de voir dans la section précédente que la doctrine italienne a abouti, en fin de compte, à formuler un système de non-rétroactivité de la loi pénale mitigée par l'application immédiate des lois plus douces, système qui, en pratique, attribue, comme le système moderne, la compétence à celle des lois successives qui est la plus douce. Toutefois ce n'est pas de là que vient le système contemporain, et la solution italienne ne semble même avoir jamais pénétré dans l'ancienne France. Quel était en France le système admis à cette époque ? Il est difficile de le préciser, la question ayant été en général négligée. Sans doute, Connanus l'examinait et la tranchait par un franc retour à la conception de Cicéron. D'autre part, si l'on s'attache à un passage de

Muyart de Vouglans, on est tenté de croire qu'au xviii^e siècle tout au moins la doctrine dominante se fondait, comme celle de Bartole, sur une distinction entre les cas où les juges jouissaient d'une certaine latitude et ceux où la peine établie était une peine fixe. En parlant des peines de la première catégorie, Muyart de Vouglans affirmait, en effet : « et qu'ils (les juges) doivent la régler (régler la peine) sur le temps où a été commis le crime, et non sur le temps où ils rendent leurs jugements » (1) ; assertion dont on ne retrouve aucun pendant dans le chapitre où il traite des peines fixes, ce qui permet de supposer que le système de cet auteur c'était le système renversé de Bartole. Il se peut cependant que le principe dominant était celui d'une non-rétroactivité absolue. Un point est en tout cas certain : c'est le peu d'importance de la question à cette époque. En effet, les peines étant arbitraires, les juges étant maîtres presque absolus de l'incrimination et de la sanction, la situation était en somme très analogue à celle des sociétés à répression purement instinctive ; des conflits des lois relativement à une matière supposant des lois concernant cette matière et cette condition faisant dans l'ancienne France défaut, ces conflits des lois étaient en principe impossibles. Il n'en était autrement que dans les hypothèses exceptionnelles où les peines, au lieu d'être arbitraires, étaient, au contraire, fixes.

(1) V. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre méthodique*, p. 47.

18. — La Révolution échangea radicalement cet état de choses. Le désir de garantir la liberté individuelle, de la soustraire à la fois à l'arbitraire du législateur et à celui du juge, fit proclamer le principe de la légalité des peines (1). Or ce principe qui, comme nous le verrons par la suite, contenait déjà dans une large mesure la règle de solution de notre problème, le posait, en tout cas, nettement. Désormais il n'y aura plus d'incrimination sans texte et toute peine sera fixée par la loi. Des lois successives pouvant établir des incriminations et des peines différentes, la question de la délimitation dans le temps de la compétence de la loi pénale se posera nécessairement. Les hommes de la Révolution se rendirent forcément compte de la nécessité de résoudre ce problème. Ils le résolurent, nous l'avons déjà dit, par l'exclusion de la compétence de la loi nouvelle plus sévère, par la reconnaissance de la compétence de la loi nouvelle plus douce.

19. — Le but principal que s'est posé en cette matière la législation de la période intermédiaire, c'était d'exclure la compétence de la loi nouvelle plus sévère. La raison de l'importance accordée à cette règle est facile à saisir. La possibilité de poursuivre un fait anciennement licite ou de punir d'une peine supérieure à celle de la loi ancienne un fait déjà incriminé est, en

(1) Sur ce principe, V. l'excellente thèse de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *De la règle nulla poena sine lege*.

effet, un danger permanent pour la liberté individuelle. Et les hommes de la Révolution, qui connaissaient trop bien les périls de l'arbitraire pour ne pas songer à assurer aux citoyens une sécurité parfaite, avaient été tout naturellement conduits à considérer comme particulièrement importante la règle qu'aucune peine ne pouvait être prononcée sans qu'une loi, déjà en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction, n'en ait menacé les contrevenants. Aussi non seulement ils ont proclamé cette règle, mais encore ils l'incorporèrent à plusieurs reprises dans des textes constitutionnels. C'est ainsi que la Constitution du 3 septembre 1791, art. 8 de la Déclaration des Droits de l'homme, porte : « La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». — La Constitution du 24 juin 1793 (art. 14) et la Constitution du 5 fructidor an III, se prononcèrent dans le même sens. La Constitution de 1793 proclamait ce principe d'une façon particulièrement énergique en disant : « nul ne doit être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit ; la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie, l'effet rétroactif donné à cette loi un crime. »

Nous n'avons pas à examiner maintenant si la **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen** de 1789 en général et si en particulier son art. 8 sont encore en

vigueur. Notons simplement que l'art. 4 du C. P. formule la même règle et que jamais, jusqu'à présent, il n'y fût dérogé. — En dehors de la France, tous les pays européens reconnaissent également le même principe qui, malgré les quelques critiques dont il a fait l'objet, peut être considéré comme une des conquêtes les plus fermes de l'esprit moderne.

20. — Le droit de la Révolution consacra la règle qu'une loi nouvelle plus sévère ne peut recevoir application par rapport à des faits antérieurs. C'est ce droit également qui proclama, mais avec beaucoup moins de solennité, cette autre règle qu'une loi nouvelle plus douce, a, au contraire, un effet rétroactif. Toutefois, il est digne de remarque que jamais cette règle ne fut édictée d'une façon générale et abstraction faite de toute législation concrète ; la loi ne la formula qu'incidemment, à propos de la promulgation des Codes nouveaux ou des lois nouvelles. C'est ainsi que l'article dernier du C. P. de 1791 décidait que : « pour tout fait antérieur à la publication du présent Code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement existantes et qu'il ne le soit pas par le présent décret, ou si le fait est qualifié crime par le présent Code et qu'il ne le soit pas par les lois existantes, l'accusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni, s'il y échoit ». La même règle fut proclamée encore bien souvent par des lois posté-

rieures de la même époque (1). Le Décret du 23 juillet 1810 concernant la publication des nouveaux Codes pénaux l'exprimait nettement : « Si la nature de la peine prononcée par notre nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code actuel, les Cours et Tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code ». Et enfin l'avis du Conseil d'Etat du 28 prairial an 8 (2) statuait, lui aussi, sur une question spéciale, celle de savoir si la loi temporaire du 29 nivôse an 8 devait être appliquée à des délits commis sous son empire, mais jugés après son abrogation. Toutefois nous extrayons des attendus de cet avis ce considérant général : « Il est de principe en matière criminelle qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence. »

21. — Une loi nouvelle plus sévère est incompétente vis-à-vis des faits antérieurs. Une loi nouvelle plus douce est immédiatement applicable même aux faits antérieurs. Ces deux propositions peuvent être résumées dans cette proposition unique : dans le conflit de deux lois successives, c'est toujours la loi la plus favorable aux délinquants qui doit recevoir application. Cette règle, nous la trouvons déjà clairement énoncée dans

(1) V. leur énumération dans MORIN, *Rép.*, v^o *Effet rétroactif*, p. 805. Cmp. également MERLIN, *Rép.*, v^o *Peine*, n^o 9.

(2) Nous rappelons qu'à cette époque les avis du Conseil d'Etat avaient force de loi interprétative.

l'avis précité du Conseil d'Etat. La jurisprudence française l'a, depuis lors, constamment proclamée et appliquée ; et nous aurons plus loin l'occasion de citer plusieurs des décisions judiciaires ayant statué dans ce sens. Notons encore que le Code de justice militaire du 9 juin 1857, art. 276, et que le C. de just. mil. pour l'armée de mer du 4 juin 1858, art. 376, ont également formulé, mais aussi seulement par rapport à ces Codes eux-mêmes, la règle de l'application de la loi la plus douce.

Cette étude n'étant pas une étude de jurisprudence, nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé des décisions ayant statué sur notre question. Mais la solution admise, comment se justifie-t-elle au point de vue législatif ? Comment se rattache-t-elle aux textes actuellement en vigueur ? Quelle en est la construction juridique ? Ces différents points doivent être maintenant examinés.

Avant de développer notre conception personnelle, nous exposerons les systèmes préconisés par la doctrine allemande d'une part, par la doctrine française de l'autre.

CHAPITRE II

La doctrine allemande

SOMMAIRE : 22. Les interprétations possibles de la règle admise. — Observation préliminaire. — 22 *bis*. Généralités sur la doctrine allemande.

22. — La règle de la compétence de la plus douce des lois successives, système admis actuellement dans tous les pays européens, est une règle susceptible de plusieurs constructions juridiques. On peut considérer que le principe en cette matière, c'est la non-rétroactivité de la loi pénale, c'est-à-dire l'application persistante de la loi pénale sous l'empire de laquelle le fait incriminé a été commis. Et, dès lors, l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce apparaît comme une exception ; système qui, semble-t-il, était celui qu'ont fini par élaborer les juristes italiens. On peut aussi, système directement inverse, considérer comme principe l'application immédiate des lois pénales nouvelles et ne voir qu'une exception dans l'application persistante de la loi an-

cienne plus douce. On peut enfin considérer qu'il n'y a ici ni principe ni exception, et que l'application de la loi la plus douce s'impose comme une règle indépendante. Les deux premiers systèmes, et cela à la différence du troisième, aboutissent, poussés à l'extrême, à une solution pratique différente de celle actuellement admise : le premier, à la non-rétroactivité absolue, comme dans le droit romain impérial, le second à la rétroactivité absolue, solution du droit romain classique en ce qui concerne les faits blâmables en eux-mêmes.

22 bis. — En Allemagne, où de nombreux changements législatifs ont poussé les criminalistes à étudier très attentivement notre problème, le système de la loi du moment de la commission, le système de la loi du moment du jugement et le système de la compétence directe de la loi la plus douce ont trouvé chacun des protagonistes et ont fait l'objet des discussions doctrinales très vives. Les partisans respectifs de ces systèmes font valoir à leur appui des arguments de texte, des considérations tirées des principes juridiques, des raisons d'ordre législatif. Dans l'examen de ces théories nous laisserons évidemment de côté tout ce qui est texte, la loi allemande ne présentant sous ce rapport aucun intérêt général. Nous nous en tiendrons à l'étude et à la critique des raisons juridiques et des arguments législatifs développés par les criminalistes allemands.

Rappelons que la question examinée présente un inté-

rêt pratique direct. C'est de l'admission du premier ou du second système que dépend la compétence de la loi nouvelle ou de la loi ancienne, lorsque les deux lois en conflit sont également rigoureuses, hypothèse qui peut se présenter, par exemple, dans les cas d'un changement complet, avec équivalences légales, dans le système des peines. Notons tout de suite que la troisième des conceptions indiquées se montre absolument impuissante à résoudre cette difficulté pratique.

SECTION PREMIÈRE.

Les systèmes de la commission.

SOMMAIRE: 23. Les deux conceptions-types. — 24. Le système des droits acquis. Lassalle. Indication générale des solutions. — 25. Suite. Système général de Lassalle. — 26. Suite. Son application aux lois d'incrimination et de pénalité. — 27. Suite. Hypothèse de deux lois également rigoureuses. Au fond, le système de Lassalle conduit au principe de la compétence de la loi du jugement. — 28. Suite. Mérites de la conception de Lassalle. Ses insuffisances au point de vue législatif. — 29. Suite. Critique juridique. — 30. Suite. Conclusion. Transition. — 31. Ossature juridique du système de Regelsberger. — 32. Argument d'ordre législatif. — 33. Généralités sur l'insuffisance de ce système. — 34. Critique de l'argument législatif. — 35. Critique de la conception juridique. — 36. Impuissance de ce système à expliquer l'exception de la loi nouvelle plus douce. Généralités. — 37. Suite. Démonstration de cette impuissance. — 38. Suite. Premier essai de conciliation. — 39. Second essai de conciliation. Première forme. — 40. Réfutation. — 41. Seconde forme. Réfutation.

23. — La conception d'après laquelle la loi applicable à un fait, c'est, tout au moins en principe, la loi du moment de sa perpétration compte beaucoup de partisans dans la doctrine allemande ; aussi nous n'allons évidemment pas exposer les idées personnelles de chacun de ses protagonistes. Mais cette conception a trouvé son expression la plus logique et la plus cohérente d'une

part dans la construction de Lassalle (1), d'autre part dans celles de Regelsberger (2) et de Lehman (3). Ce sont là en vérité deux constructions-types, très différentes l'une de l'autre, malgré la quasi-identité de leurs résultats, dans leurs points de départ. Un exposé successif et détaillé de ces systèmes et leur critique approfondie ne seront guère inutiles comme préparation à une solution adéquate du problème étudié.

24. — Pour Lassalle, la question du conflit dans le temps des lois d'incrimination et de pénalité n'est que l'un de nombreux aspects de la question générale de la rétroactivité de la loi. Nulle loi, dit-il, ne peut rétroagir, si elle s'attaque à un droit acquis, c'est-à-dire « si elle ne peut atteindre un individu que par l'*intermédiaire de ses actes volontaires* » (4). Mais « toute loi peut rétroagir si elle atteint l'individu en dehors des actes de sa volonté » (5), c'est-à-dire là où elle ne se heurte pas à des droits acquis. Une loi nouvelle d'incrimination ou de pénalité plus sévère ne peut pas rétroagir, parce qu'il y a un droit acquis qui s'y oppose. Au contraire, aucun obstacle de cette nature ne permet

(1) LASSALLE, *op. cit.*

(2) REGELSBERGER, dans le *Holtzendorff's Rechtslexikon*, v. *Rückwirkung*.

(3) LEHMAN, *Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Strafgesetze*, thèse de Berne de 1896.

(4) *Op. cit.*, p. 67.

(5) *Loc. cit.*

d'écarter l'application immédiate d'une loi nouvelle plus douce.

Nous avons à exposer d'une façon plus détaillée la conception générale de Lassalle. Nous devons ensuite expliquer l'application qu'il en a faite à notre matière.

25. — Le système général de Lassalle repose sur deux idées fondamentales. La première de ces idées, c'est la supériorité nécessairement présumée de la loi nouvelle sur la loi qu'elle remplace ; d'où rétroactivité de toutes les lois ne s'attaquant pas à des droits acquis. — La seconde de ces idées consiste à dire qu'une loi atteignant les hommes par l'intermédiaire de leurs actes de volonté constituerait, si elle était rétroactive, une atteinte inadmissible à la liberté humaine.

Une loi nouvelle, dit Lassalle, doit être considérée comme supérieure à la loi antérieure. En effet, expose-t-il (1) : « les lois représentent un contenu intellectuel ; de nouvelles lois représentent un nouveau contenu de raison, déclaré même obligatoire par la société. Or, de même qu'une lumière répand, quand on l'allume, sa clarté sur tous les objets qui, un instant auparavant, étaient plongés dans l'obscurité, de même une nouvelle lumière, éclore dans l'esprit de l'individu, projette sa clarté sur tous ses jugements antérieurs ». D'où cette conclusion (2) : « Ainsi la rétroactivité pourrait tout d'a-

(1) *Op. cit.*, p. 68 de la traduction française.

(2) *Ibid. loc.*

bord, paraître la conséquence aussi naturelle que nécessaire de l'état *actuel* de l'intelligence et de la conscience sociales ».

Toutefois, la seconde idée intervient ici pour limiter les conséquences qu'on pourrait être tenté de tirer de la première. Le concept de la véritable rétroactivité, de celle que prohibe par exemple l'article 2 du C. C., « n'est pas autre chose que celui d'un *empiètement sur la liberté et la responsabilité de l'homme* » (1). Or, « si vaste que soit la puissance d'un législateur, jamais elle ne saurait faire qu'un individu ait voulu *autre chose* que ce qu'il a réellement voulu. Ainsi une loi rétroactive attribue, après coup, à l'individu des intentions, des actions différentes des siennes, elle lui fait donc violence et pêche gravement contre l'idée qui régit le droit tout entier, l'idée de la réalisation du libre arbitre. Ainsi une semblable loi n'est pas une loi, elle est la *consécration de l'injustice absolue*, la *négation de tout droit*. Il apparaît donc ici de la façon la plus évidente que le principe de la non-rétroactivité avec ses conséquences a une valeur de droit naturel (2) ». On le voit, la non-rétroactivité des lois est pour Lassalle un principe supérieur s'imposant partout où la loi ne peut atteindre l'individu qu'à travers ses actes volontaires.

26. — L'application de cette conception générale aux

(1) *Ibid. loc.*

(2) *Op. cit.*, pp. 69-70.

lois d'incrimination et de pénalité peut sembler fort simple au premier abord, mais elle ne l'est guère en réalité. Cette application peut sembler fort simple. L'infraction pénale est, en effet, un acte volontaire, le défaut de la volonté étant destructif de l'intention et même de la simple faute qui est un élément constitutif des contraventions. C'est donc la loi du moment de la perpétration qui doit, semble-t-il, toujours régir l'infraction que cette loi soit plus douce ou plus sévère que la loi ancienne. Car appliquer à l'infraction la loi nouvelle, ce serait empiéter sur le libre arbitre du délinquant, ce serait faire produire à son acte des effets autres, que ceux qu'il a voulus. D'où il semble résulter que la conséquence normale du système général de Lassalle c'est la non-rétroactivité absolue des lois pénales.

Telle n'est cependant pas l'opinion de cet auteur. Sans doute, il admet qu'une loi nouvelle plus sévère ne peut pas s'appliquer à des faits anciens. Mais la notion même de la non-rétroactivité de la loi et la justification de cette règle empêchent, dans sa conception (1), une extension de ce principe à l'hypothèse d'une loi nouvelle plus douce. Quel est en effet le droit acquis qui ferait dans ce cas obstacle à l'application immédiate de la loi nouvelle ? Ce n'est pas, dit-il, le droit acquis du délinquant dont l'intérêt exige, au contraire, l'application de la loi nouvelle. Ce ne peut être non plus le droit acquis d'un

(1) V. *loc. cit.*, p. 370 et suiv.

autre particulier, l'infraction pénale mettant en présence non un délinquant et un autre particulier, mais le délinquant et la société. Serait-ce un droit acquis appartenant à la société ? Mais la notion du droit acquis tel qu'il a été précédemment défini, exclut, semble-t-il, la possibilité pour la collectivité tout entière d'avoir de pareils droits. Et, en outre, s'il y avait droit acquis, ce droit acquis « n'aboutirait à rien moins qu'à appliquer à l'individu un *traitement contraire à la conscience publique actuelle...* » (1), ce qui, étant absurde, doit être impossible.

27. — Ainsi dans le système de Lassalle la notion même de la rétroactivité aboutit au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale et à l'exception de la loi pénale moins rigoureuse. Lassalle n'a pas examiné l'hypothèse du conflit entre deux lois également rigoureuses. Si l'on s'en tient aux apparences, il peut sembler que, dans ce cas, c'est le principe de la non-rétroactivité qui doit avoir, dans sa conception, le dessus. Toutefois, si l'on applique à cette hypothèse le raisonnement par lequel Lassalle aboutit à proclamer la compétence de la loi nouvelle plus douce, c'est bien plutôt la solution inverse qui paraît s'imposer. Le droit acquis du délinquant ? Mais, il n'existe pas, le délinquant n'ayant aucun intérêt à la compétence de la loi ancienne plutôt que de

(1) *Op. cit.*, p. 376,

la loi nouvelle. Le point de vue de la société ? Mais n'est-ce pas là aussi le cas d'affirmer qu'on ne peut pas imposer à la société cette absurdité de préférer une loi qu'elle croit mauvaise à une autre loi qu'elle croit supérieure ? Et dès lors n'est-on pas en droit de dire qu'en vérité Lassalle est partisan non du système de la loi du moment de la perpétration, avec exception en faveur de la loi nouvelle plus douce, mais, tout au contraire, du système inverse de la loi du jugement, avec exception en faveur de la loi ancienne moins rigoureuse ?

28. — Quoiqu'il en soit de cette question, la conception de Lassalle se recommande, sans aucun doute, par certaines idées très exactes et dont nous aurons, par la suite, à faire usage. L'affirmation de la supériorité nécessairement présumée de la loi nouvelle, d'une part, de la nécessité de tenir grand compte de la liberté individuelle de l'autre, est parfaitement justifiée, et ce sont là réellement les vrais fondements de toute solution raisonnable de notre problème. Nous aurons à revenir sur ces idées. Mais les points faibles abondent aussi dans la conception exposée, et ils affectent à la fois les considérations législatives qui lui servent de base et la forme juridique qu'elle revêt.

Le premier reproche qu'on peut adresser à Lassalle au point de vue législatif, c'est qu'il a tort de faire appel non à la liberté civile, mais au libre arbitre, c'est-à-dire à une liberté métaphysique des plus discutées et discu-

tables. Le droit pénal présente suffisamment de difficultés par lui-même pour qu'il ne soit pas tout à fait superflu d'y introduire des discussions métaphysiques. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de cette objection. Elle touche plutôt à la forme qu'au fond de la conception critiquée. Si Lassalle parle de la « liberté de vouloir » et non de la liberté individuelle, c'est tout simplement un tribut, bien regrettable d'ailleurs, qu'il paie à l'esprit de son temps et de son pays.

Plus grave est un autre reproche qu'encourt, au point de vue législatif également, le système de Lassalle. Lorsqu'on examine, à ce point de vue, une disposition pénale quelconque, il semble bien que la première chose à faire c'est de considérer si cette disposition est adéquate aux fins de la loi pénale. Cette règle générale ne perd rien de ces droits en matière du conflit des lois pénales. Or, nulle part n'apparaît chez Lassalle le moindre souci de cet ordre de considérations. Cette lacune est aisément explicable par ce fait que Lassalle ne parle des lois pénales qu'incidemment. Mais une lacune, même explicable et expliquée, n'en conserve pas moins son caractère de lacune.

29. — Ainsi, au point de vue législatif, la conception de Lassalle est à la fois inutilement métaphysique et incomplète. Le reproche qu'elle encourt à un point de vue plus strictement juridique est bien plus grave encore : cette conception est erronée. Elle n'explique pas au

fond, malgré l'apparence contraire, l'exception (ou la règle) de la loi nouvelle plus douce que la loi ancienne. La notion du droit acquis qui est, pour ainsi dire, le pivot de cette construction est une notion qui, en droit pénal tout au moins, doit être rejetée.

Le délinquant a un droit acquis à l'application de la loi ancienne, si cette loi ancienne était plus douce que ne l'est la loi nouvelle ; il n'a pas un pareil droit si la loi ancienne était plus rigoureuse. Cependant dans les deux cas on fait produire à un acte d'un individu des effets autres que ceux que celui-ci a voulus. La seule raison qu'on puisse faire valoir en faveur de cette distinction, c'est que le délinquant n'a d'intérêt au maintien de la loi ancienne que dans le premier cas, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la loi ancienne était plus douce que la loi nouvelle. Mais cette raison, la seule cependant qui puisse être invoquée, est insuffisante et fausse. — Elle est insuffisante. En effet, il peut y avoir droit sans intérêt, — quoiqu'en dise une théorie générale des droits, cependant très répandue. Et s'il y a droit, comme ce droit résulte d'un acte volontaire, il semble bien qu'il doive être rangé dans la catégorie des droits acquis. Sans doute, le délinquant pourrait renoncer à ce droit. Mais jamais on n'a prétendu que l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce était subordonnée au consentement du prévenu ; or tel serait cependant l'aboutissant naturel de la conception de Lassalle. — La raison

invoquée est aussi, avons-nous dit, fausse. En effet une peine de cinq années d'emprisonnement est considérée comme plus douce qu'une peine de deux années de réclusion. Et cependant peut-on raisonnablement affirmer que jamais un délinquant n'aurait intérêt à subir deux années de réclusion au lieu de cinq années d'emprisonnement ?

La conception de Lassalle n'explique donc pas l'exception (ou la règle) de la loi nouvelle plus douce. Au surplus, la notion du droit acquis qui lui sert de base est erronée ; — tout au moins dans son application au droit pénal. L'agent a un droit acquis à l'impunité ou à une peine déterminée. Mais ce droit, opposable à la société, d'où l'agent le tire-t-il ? Il ne suffit pas de répondre, surtout lorsqu'il s'agit non de la l'incrimination elle-même, mais de la nature et de la quotité de la peine, que c'est une conséquence du droit naturel à la liberté qu'a tout homme. La seule réponse, en apparence satisfaisante, possible, c'est que le Code pénal est comme une espèce d'acte contenant certaines clauses et conditions du contrat social, qu'il contient, en particulier, une promesse d'impunité ou de telle ou telle peine faite par la société aux citoyens et aux futurs délinquants ; — que le délit est un fait juridique qui établit entre le délinquant et la société des rapports contractuels ou quasi-contractuels. Mais une pareille conception des rapports entre la société et le délinquant, conception qui oppose

au droit de la société à imposer une peine non pas seulement le devoir du délinquant de la subir, mais encore un droit de celui-ci à la peine et à telle ou telle peine, est en contradiction avec l'ensemble du droit public actuel, où la notion du contrat social est tombée complètement en discrédit. Et logiquement développée, elle est également en contradiction avec certaines institutions du droit pénal positif. En effet, si le délinquant a un droit acquis à une peine et à telle ou telle peine, comme il peut se faire qu'il ait intérêt à subir une peine par lui enourue, il devrait avoir le droit de refuser l'amnistie ou la grâce. Ce droit, les législations contemporaines en général et la législation française en particulier le lui refusent. Ce faisant, elles rejettent toute notion des rapports entre la société et l'Etat qui puisse avoir pour effet de conférer aux délinquants un droit à une peine déterminée.

30. — Insuffisante au point de vue des considérations d'ordre législatif qu'elle fait valoir, inexacte au point de vue juridique, la doctrine de Lassalle, et avec elle toutes les théories des droits acquis, doivent être rejetées. L'autre théorie-type dont nous avons à parler dans cette section, la théorie de Regelsberger et de Lehman, est sous ces différents rapports encore plus défectueuse. Exposer la conception générale qui constitue, pour ainsi dire, l'ossature juridique de cette théorie, indiquer les arguments d'ordre législatif qu'invoquent ses

partisans, démontrer l'insuffisance de ces arguments, l'inexactitude de cette conception juridique, son impuissance à expliquer l'exception de la loi la plus douce, tel est actuellement notre objectif.

31. — Le point de départ de Regelsberger est tout autre que celui de Lassalle. Regelsberger ne se demande pas s'il y a, et dans quelle mesure, droit acquis. La question à laquelle il subordonne la solution de notre problème, c'est celle des rapports de la loi pénale et de l'infraction, c'est celle de l'action de la loi. Dès qu'une infraction se produit, considère cet auteur, la règle générale du C. P. ou de la loi spéciale incriminant ce fait se concrétise, en créant immédiatement pour l'Etat le droit d'infliger la peine établie par ce Code ou cette loi, en mettant immédiatement à la charge du délinquant l'obligation de subir cette peine. Le rôle du juge en cette matière, comme le rôle habituel du juge en droit privé, est purement passif : il consiste à constater et à déclarer que tel ou tel fait est tombé sous le coup de telle ou telle loi. Ou, comme le dit Regelsberger (1) : « Dans la conception juridique, l'assujettissement des faits à l'empire des règles du droit s'opère de lui-même (et non pas seulement par l'effet de la décision judiciaire) et il n'y a point de lacune dans la loi positive pour l'application du droit ». Ainsi, les effets juridiques

(1) *Op. cit.*, p. 497.

d'une infraction se précisent dès qu'elle se produit. Tout doit se passer comme si l'agent avait été immédiatement poursuivi et condamné ou acquitté. D'où cette conséquence que la seule loi compétente, c'est la loi du moment de la perpétration du fait incriminé ; et un fait ancien échappe nécessairement à l'empire des lois nouvelles, car ces lois, qui n'existaient pas au moment où le fait en question a été commis, ne pouvaient pas s'en saisir à cet instant, le seul vraiment déterminant cependant.

32. — En faveur de cette conception juridique Regelsberger invoque un argument d'ordre législatif assez impressionnant. « Le droit pénal, dit-il (1), se trouve en relation étroite et en rapport exact avec l'ensemble de l'état de civilisation d'un peuple. On déclare une action licite, une autre punissable, et punissable dans une certaine mesure, en tenant compte des relations sociales actuelles, des mœurs de l'état politique, religieux, économique de la société ». D'où, semble-t-il, adaptation de la législation de chaque période aux conditions de cette période. Et notre auteur renforce encore son argumentation en disant plus loin (2) : « Lorsque le législateur procède à une modification de la loi pénale, il n'émet pas un jugement défavorable sur l'œuvre de son prédécesseur, il ne s'attribue pas une meilleure compréhension des choses ; il procède bien plutôt de cette idée que

(1) *Loc. cit.*, p. 499.

(2) *Loc cit.*, pp. 499-500.

l'état social a subi des modifications et que ces modifications nécessitent un changement aussi dans la législation pénale ». Ainsi toute loi pénale est adaptée aux besoins de son temps, et le délit envisagé comme phénomène social étant évidemment situé dans le temps au moment précis de sa perpétration, c'est donc la loi de ce moment qui semble devoir le régir en bonne législation.

33. — Tel est, dans ses traits généraux, le système de l'action de la loi. Quelle est la valeur de ce système ? Nous l'avons déjà dit : les considérations d'ordre législatif, sur lesquelles on l'appuie sont fausses ; sa conception juridique, concevable en elle-même, n'est cependant pas celle du droit pénal moderne ; enfin, cette construction est incapable d'expliquer l'exception de la loi pénale nouvelle plus douce que la loi ancienne.

34. — Les considérations d'ordre législatif sur lesquelles s'appuie ce système sont fausses. Sans doute, la loi pénale, comme toute loi, est, en général, une émanation du milieu social qu'elle régit. Mais la législation, ce fait est depuis longtemps constaté, à une tendance manifeste à être en retard sur les modifications générales de la société ; tendance d'ailleurs aisément explicable par cette considération que d'habitude les modifications dans l'état de civilisation d'un peuple s'opèrent progressivement et petit à petit, tandis que la loi ne peut varier

que par changements plus ou moins brusques. Aussi, comme le moment du jugement d'une infraction ou prétendue infraction n'est d'ordinaire séparé du moment de la perpétration du fait incriminé que par un laps de temps assez bref, c'est bien plutôt la loi nouvelle que la loi ancienne qui est appropriée à l'état social du moment de la perpétration de cette infraction. Un exemple l'établira plus clairement que tout raisonnement. Que l'on suppose un fait tombant sous le coup d'un article quelconque du C. P. Une loi nouvelle, qui devra entrer en vigueur le lendemain de la perpétration de ce fait, modifie la disposition pénale qui lui est applicable. N'est-il pas évident que la loi nouvelle doit être bien plus en rapport que la loi ancienne, datant déjà de plus d'un siècle, avec les conditions sociales générales du moment de l'accomplissement du fait incriminé ?

Ajoutons encore une autre considération d'ordre législatif. Dans notre matière une des questions les plus importantes, c'est celle de savoir si la loi nouvelle pourra produire son effet utile, même sans qu'elle soit déclarée compétente à l'égard des faits anciens. Pas plus que Lassalle, Regelsberger n'envisage cette question.

35. — La conception juridique de Regelsberger, insuffisamment motivée au point de vue législatif, est en outre, avons-nous dit, inadmissible en elle-même. En effet sa conception de l'action de la loi, quoique théoriquement concevable, n'est cependant pas celle des législa-

tions modernes. C'est là une affirmation dont la démonstration est aisée.

Sans doute, on peut concevoir que le rôle du juge soit tellement réduit que le jugement ne soit, pour ainsi dire, que la conclusion d'un syllogisme dont la majeure serait constituée par la loi pénale et auquel le fait incriminé fournirait la mineure. Il en était ainsi en France, en théorie tout au moins, au moment où régnait le système des peines fixes. Mais, avec la disparition de ce système, cette conception du rôle du juge a disparu, elle aussi ; et ce n'est pas elle sûrement qui régit les législations modernes. Comment ! Le juge jouit d'une liberté très grande dans la fixation de la peine. Il doit l'approprier à l'individualité du délinquant. Pour cela faire, il est incontestablement obligé de scruter la vie de celui-ci, de démêler ses mobiles, de discerner les tendances permanentes de son caractère. Et il ne lui sera pas permis de prêter attention à des circonstances postérieures à l'accomplissement du fait incriminé ? L'absurdité de cette proposition est manifeste. Sa contradiction avec la loi actuelle est certaine. Elle ressort clairement déjà rien que de l'existence, par exemple, de l'institution du sursis (et du système de la révocation de celui-ci). Et il ne faut guère être bien au courant de la vie du Palais pour savoir que les juges tiennent souvent grand compte de la conduite générale du délinquant, même postérieure à l'infraction. Mais, s'il en est ainsi, si le juge et le législateur tiennent et peuvent tenir compte des circonstances

postérieures à l'infraction, l'inexactitude de la conception qui considère que tout doit se passer comme si le châtiment suivait sans délai l'infraction est manifeste. Actuellement le juge pénal a des pouvoirs si larges qu'il apparaît, dans une certaine mesure, comme un législateur subordonné. Et ce n'est certes pas là une conception dont on puisse déduire le principe de l'application, — aux faits commis sous l'empire d'une loi déterminée et jugés sous l'empire d'une autre loi, — de la loi du moment de la perpétration de ces faits.

36. — Fausseté des considérations d'ordre législatif.
Inexactitude de la conception juridique proprement dite. Cela suffit incontestablement pour justifier le rejet du système de l'action de la loi. Néanmoins nous allons insister encore assez longuement sur l'impuissance de ce système à expliquer l'exception de la loi nouvelle plus douce que la loi ancienne. La raison de cette insistance, c'est d'une part le caractère général de cette difficulté qui se représente à peu près dans les mêmes termes dans tous les systèmes admettant le principe de la compétence de la loi du moment de la commission (1) ; c'est d'autre part, les tentatives assez curieuses d'une partie de la doctrine allemande de concilier cette exception avec leur système général. Il ne sera peut-être pas inutile de

(1) Et même, d'une façon plus générale, dans tous les systèmes voulant rattacher cette matière à un principe unique.

faire connaître ces tentatives et de constater leur insuccès.

37. — Que le système de Regelsberger est incapable d'expliquer l'exception de la loi nouvelle plus douce que la loi ancienne, exception que cet auteur admet néanmoins, ce fait est manifesté. En législation, en effet, la loi nouvelle, qu'elle soit plus douce ou qu'elle soit plus rigoureuse que la loi ancienne, est, d'après ce système, adaptée aux conditions sociales nouvelles ; elle n'est donc pas appropriée aux faits anciens ; d'où exclusion de la compétence de la loi nouvelle. Et en droit, on aboutit à la même conclusion, car dans le système critiqué le caractère et les effets juridiques d'un fait se précisent au moment même de son accomplissement.

Cette argumentation n'a sans doute pas échappé à Regelsberger. Aussi, si cet auteur ne condamne pas l'exception de la loi nouvelle plus douce, tout au moins la considère-t-il comme fondée non sur des raisons de droit, mais sur des considérations d'humanité et de sentiment (1). Mais certains partisans de ce système ou des systèmes analogues ne font pas preuve de la même modestie. Ils essayent de concilier l'inconciliable, soit en disant qu'en appliquant la loi nouvelle plus douce on

(1) V. aussi dans le même sens, Von Liszt, *Traité de Droit pénal*, éd. de 1907, p. 94 : « Lediglich den Anforderungen einer juristisch nicht zu begründenden, aber dennoch zu billigenden Milde trägt der Gesetzgeber Rechnung wenn er von dieser Regel die folgende Ausnahme zulässt ».

applique par cela même la loi ancienne, soit en parlant ici de grâce ou de renonciation.

38. — Le premier essai de conciliation, dont l'insuffisance est patente, consiste à dire que, en appliquant la loi nouvelle plus douce, on applique en réalité la loi ancienne plus sévère. Une peine plus sévère, argumente-t-on (1), contient en elle les peines plus douces. Et c'est de cette affirmation qu'on tire la conclusion étonnante ci-dessus mentionnée. Mais si de la sorte une loi plus sévère contient les lois plus douces, ne faut-il pas dire aussi que la loi punissant un fait contient en elle la loi postérieure proclamant ce fait licite ? qu'une menace de peine contient une promesse d'impunité ? Ce mélange contradictoire trouve sa condamnation déjà rien que dans sa simple énonciation. — Un exemple pour renforcer encore notre critique. Une loi établit une peine fixe de cinq années d'emprisonnement. Une loi nouvelle remplace l'ancienne peine par une amende de 100 fr. Comment pourrait-on en vérité raisonnablement prétendre qu'en appliquant la loi nouvelle on applique en même temps la loi antérieure ?

39. — La seconde tentative d'expliquer juridiquement l'application immédiate de la loi pénale plus douce,

(1) V. dans ce sens ABEGG, *Neues Archiv*, année 1833, note sous les pages 484-486. — D'ailleurs, le système général d'Abegg est très différent de celui de Regelsberger.

tout en maintenant néanmoins le principe de la compétence naturelle exclusive de la loi ancienne, est beaucoup plus sérieuse. L'Etat, dit-on (1), et c'est là la première forme de manifestation de ce système, se réserve toujours le droit de gracier les délinquants ; il ne se réserve jamais le droit d'aggraver la peine légale. Aussi, lorsqu'une loi nouvelle aggrave l'ancienne peine, jamais cette loi nouvelle ne peut être appliquée aux faits antérieurs. Et, au contraire, lorsque la loi nouvelle est plus douce que la loi ancienne, il faut considérer que, pour des raisons d'humanité ou bien pour des raisons de justice (2), l'Etat fait usage de son droit de grâce et il veut qu'on applique la loi nouvelle même aux faits anciens non encore jugés.

(1) V. BEKKER, *Théorie des heutigen deutschen Strafrechts*, p. 221, où il indique : « dass der Staat in sein Strafrecht die Befugniss für sich aufgenommen habe aus beliebigen Gründen von der rechtlich normierten Strafe abzugehen, und dem Verbecher statt jener eine gelindere oder gar Keine Strafe aufzuerlegen. Das Beguadigungsrecht sei in das Strafrecht aller Staaten, auf die wir zu sehen haben, unlösbar verwoben. Dagegen habe ein ähnliches Verschärfungsrecht der Staat sich nicht vorbehalten. Rechlich möglich sei es daher... den Verbrecher unter seiner, rechtlich unmöglich über seiner Schuld zu Strafen ». V. également dans le même sens Hälschner, *Syst. des Pr. Str.*, p. 41-42 et *Lehrbuch*, p. 122, et Abegg, qui combine cette explication avec la première *loc. cit.*, p. 488.

(2) Dans ce sens (raison de justice) entre autres Abegg, *loc. cit.* Mais v. von Weinrich, p. 813, qui indique qu'il y a entre la grâce, qui fait tomber un jugement ou en adoucit les effets pour des raisons d'équité ou d'opportunité, et le droit une opposition irrémédiable. — Pour une justification au point de vue législatif intéressante et, dans son principe, exacte de la compétence immédiate de la loi plus douce, v. WEBER, *Ueber die Rückanwendung* (ouvr. paru en 1811), p. 126 et suivantes.

40. — Sous cette première forme, cette seconde explication peut, elle aussi, être facilement réfutée. En quoi consiste, au fond, l'explication juridique d'une règle ou d'une institution ? Dans le fait de ramener cette règle ou cette institution à une règle ou institution plus générale, dont la règle ou l'institution particulière doit évidemment présenter tous les traits. D'où, en ce qui concerne notre question, cette conséquence : si l'application de la loi la plus douce s'effectue en vertu d'un acte de grâce, l'application en question doit présenter tous les caractères qui seraient ceux d'un pareil acte. En est-il ainsi dans la réalité ? La négative s'impose.

Comme différence de détail, signalons celle-ci : la grâce est une remise de la peine, mais elle n'efface pas la condamnation ; au contraire, à supposer une loi nouvelle abrogeant une ancienne incrimination, cette loi rend désormais impossible même la condamnation elle-même. Et, surtout, il y a une différence de principe. La grâce, qu'elle soit individuelle ou collective, est une mesure de clémence dont l'octroi dépend du bon plaisir du titulaire du droit de grâce. La règle de l'application immédiate d'une nouvelle loi plus douce ne dépend, au contraire, de l'arbitraire de personne, mais s'impose impérieusement au juge.

41. — Ainsi il apparaît comme impossible de parler ici d'une grâce. Aussi certains auteurs emploient-ils une formule plus vague et, par cela même, plus facilement sou-

tenable. Ils disent simplement que l'Etat renonce pour tout ou pour partie à son droit d'infliger une peine (1). Sous cette forme vague, l'explication n'est pas aisément attaquable. Mais elle est purement arbitraire, et, ne rattachant la règle examinée à aucune règle plus générale, elle manque de tout intérêt pratique ou théorique.

(1) V. dans ce sens LEHMAN, *op. cit.*, p. 15 et suiv.

SECTION DEUXIÈME

Les systèmes admettant la compétence de la loi du jugement.

SOMMAIRE: 42. Principaux représentants de cette doctrine. — 43. Binding. Nécessité de faire connaître son système général. — 44. Normes et lois pénales. — 45. Notion de la norme. — 46. Notion de la loi pénale. — 47. Application des notions générales à la question de la rétroactivité. — 48. Suite. Loi pénale modifiant une sanction antérieure. — 49. Transition à l'examen critique. — 50. La distinction entre les normes et les lois pénales se conçoit. — 51. Critique de la conception générale de Binding. — 52. Conséquences de cette critique en ce qui concerne son système de règlement des conflits. — 53. Von Bar. Généralités. — 54. Exposé de son système. — 55. Appréciation de ce système.

42. — Les principaux représentants du système admettant en principe la compétence de la loi du moment du jugement ce sont, dans la littérature juridique allemande, Binding et von Bar. Les doctrines de ces deux auteurs, quoique appartenant, comme nous venons de l'indiquer, à la même classe, se différencient cependant grandement l'une de l'autre et dans leurs fondements et dans leurs conséquences pratiques, et n'ont, en dehors de leur conception générale, rien de commun. Aussi l'examen séparé de ces deux théories est-il nécessaire.

Une observation préliminaire peut être utilement faite. Ni l'une ni l'autre de ces doctrines n'exclut d'une façon absolue l'application de la loi du moment de la commission, lorsque cette loi est plus douce que la loi nouvelle. Mais la portée de cette exception n'est pas la même suivant que l'on accepte l'un ou l'autre des systèmes en question.

43. — Le système de Binding, un des plus vigoureux (mais non pas toujours des plus clairs) criminalistes modernes, se rattache si étroitement à sa conception générale du droit pénal, qu'il est impossible de comprendre celui-là sans connaître celle-ci. Or, le trait fondamental du système général de Binding est une distinction entre les normes et les lois pénales et une notion particulière des unes comme des autres. D'où nécessité de reproduire en premier lieu cette distinction et de faire connaître ces notions.

44. — L'art. 302, 1^{er} al. du C. P. dispose : « Tout coupable d'assassinat sera puni de mort ». Supposons qu'une personne se rende coupable d'assassinat. On ne peut pas, dirait Binding, considérer que l'assassin a violé l'art. 302 du C. P. Ce n'est en effet que depuis que l'assassin est devenu tel qu'il est visé par l'article en question. Cependant l'assassinat est bien un acte illégal. Quelle est donc la disposition légale qui se trouve enfreinte ? C'est la norme : il est défendu d'assassiner,

norme que l'art. 302 n'édicte pas, mais dont il implique, en la sanctionnant, l'existence. Ainsi norme d'une part, loi pénale d'autre part, ce sont là deux notions qu'il importe, d'après Binding, de ne pas confondre l'une avec l'autre. Qu'est-ce d'une façon plus précise que la norme, et qu'est-ce que la loi pénale ? Telles sont les questions qui demandent dès lors à être résolues.

45. — Les normes, dit Binding (1), sont des défenses ou des ordres d'agir, et il y aura, indique-t-il plus loin, délit de commission, si la norme violée défendait une action, délit d'omission, si elle en imposait une (2). Les normes créent un devoir et un droit. Le devoir d'obéir, par exemple, à l'ordre de ne pas tuer, qui incombe à tous ceux à qui le législateur a le pouvoir d'ordonner quelque chose. Le droit d'être obéi (das *Recht auf Befolgung der Norm, auf Botmässigkeit*), qui appartient en règle générale à celui de qui émane l'ordre, à l'Etat le plus souvent. « La soumission est toujours exigée par ou au nom de l'Etat titulaire de la puissance souveraine ; le refus d'obéir est donc toujours... une action au mépris d'un droit appartenant à l'Etat seul, quoique souvent par lui délégué » (3). Et c'est précisément l'atteinte à ce droit subjectif de l'Etat

(1) BINDING. *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 156.

(2) *Loc. cit.*, p. 188 et suiv.

(3) *Loc. cit.* p. 186.

qui est « la seule atteinte au droit formant un élément essentiel de tout délit (1) ».

46. — Telle est la notion de la norme. Tout autre est celle de la loi pénale, quoique celle-ci suppose nécessairement l'existence de celle-là. Est loi pénale en effet « toute règle de droit, d'après laquelle d'un délit naît ou ne naît pas un droit ou un devoir de punir » (2). Les lois pénales ne sont pas des normes. Elles ne présentent ce caractère, ni vis-à-vis des juges, ni vis-à-vis du plaignant, ni, en général, vis-à-vis de qui que ce soit. « La loi pénale n'est... pas un commandement, mais une proposition créant des droits, notamment fixant et réglementant la relation juridique entre le titulaire du droit de punir et le délinquant » (3). Et comme, suivant Binding (4), actuellement c'est l'Etat qui est titulaire de tout droit de punir et que tout droit de punir constitue actuellement en même temps un devoir de punir, chaque loi pénale particulière fait naître : *a*) un devoir de l'Etat d'appliquer au délinquant conformément à la loi la peine, et *b*) un devoir du délinquant de subir la peine, fondée sur la loi, qui sera contre lui prononcée (5).

Remarque particulièrement importante. Il faut se souvenir que le rapport entre la norme et la loi est, dans le

(1) *Eod. loc.*

(2) *Loc. cit.*, p. 175.

(3) *Loc. cit.*, p. 191.

(4) *Eod. loc.*

(5) *Eod. loc.*

système de Binding, le suivant : en violant la norme, le délinquant enfreint le droit à l'obéissance de l'Etat, et c'est cet acte de désobéissance qui justifie l'application d'une peine, droit, dont, en principe, la loi pénale ne fait que préciser le contenu.

47. — Telle est, dans ses traits généraux, la conception de Binding. Il est temps de passer à l'application qu'il en a faite à la matière des conflits des lois pénales dans le temps.

Une loi nouvelle peut être introductive, abolitive ou modificative d'une norme. Elle peut aussi concerner la loi pénale. Il faut examiner successivement les différentes situations de nature à se présenter.

Une loi nouvelle introduit une norme nouvelle. La peine étant un moyen de maintenir l'autorité des normes, une réaction contre la désobéissance, et la désobéissance n'étant possible que vis-à-vis d'un commandement déjà existant, cette introduction d'une nouvelle norme ne devra jamais rétroagir. Les faits déjà commis ne pourront pas être punis.

Une norme ancienne se trouve abrogée par une loi nouvelle. Dans le système de la pratique on dira que les faits intérimaires ne doivent plus être poursuivis. Binding préconise la solution exactement inverse. L'abrogation d'une norme, dit-il, ne fait pas disparaître le caractère délictueux d'une infraction antérieure à cette abrogation ; car, encore une fois, c'est la désobéissance

qui justifie l'application d'une peine, et la circonstance qu'une prohibition ou un ordre antérieurs ont désormais disparu n'empêche pas que, antérieurement à cette disparition, ils pouvaient être enfreints.

Rien à dire au sujet d'une loi modificative d'une norme ancienne. Toute modification se réduit en cette matière à une création ou à une abrogation partielles.

48. — Examinons maintenant l'hypothèse d'une nouvelle loi *pénale* dans le sens que Binding attache à ce terme. Ici une sous-distinction s'impose (1). Il se peut que cette loi pénale ne soit qu'une loi pénale. Il se peut aussi qu'en même temps qu'elle réglemente une peine elle introduise, abroge ou modifie une ancienne norme. Mais il suffira d'examiner la première hypothèse. Les règles régissant, dans le système de Binding, la seconde découlent nécessairement de celles qui seront indiquées ici et de celles qui ont déjà été rapportées au numéro précédent.

Une norme ancienne, mais anciennement démunie de sanction pénale (sa violation, par exemple n'était considérée que comme un délit civil), reçoit cette sanction de par une loi pénale. En pure théorie, Binding considère que la rétroactivité est ici possible, car la loi pénale punit la désobéissance, et la désobéissance était possible, à raison de l'existence de la norme, même avant la pro-

(1) V. sur tous ces points BINDING, *op. cit.*, p. 236 et suiv.

mulgation de la loi pénale. Mais il admet aussi (1), et semble-t-il sans considérer qu'il y ait ici une solution injustifiable, que le droit positif repousse cette rétroactivité par application de la règle *nulla pœna sine lege prævia*.

Une loi nouvelle abroge une loi pénale ancienne. Cette abrogation est, en principe, rétroactive. Il en est toutefois autrement lorsque l'abrogation de la loi pénale n'est qu'une conséquence de ce fait que, la norme ayant disparu, il y aura dans l'avenir, faute d'objet, impossibilité d'appliquer la loi pénale corrélative.

Enfin, dernière hypothèse : une norme était déjà sanctionnée par une loi pénale. Mais cette sanction se trouve modifiée par la promulgation d'une nouvelle loi. Que faut-il décider dans ce cas ? L'importance de la question nous oblige à lui consacrer un numéro spécial.

48. — Dans le système dominant on distingue suivant que la loi nouvelle est plus douce ou plus rigoureuse que la loi ancienne. Binding, au contraire, repousse toute distinction. Dans le cas où une loi pénale nouvelle remplace, sans qu'il y ait introduction ou abrogation de norme, une loi ancienne c'est, d'après lui, toujours la loi nouvelle qui devra recevoir application. En faveur de cette solution, il invoque deux arguments, l'un positif, l'autre négatif.

(1) *Op. cit.*, p. 238, a et b

L'argument positif, c'est la supériorité nécessairement présumée de la loi nouvelle. « Par la peine, l'Etat a à défendre l'autorité de sa norme. La quotité de la peine se règle sur ce qui est nécessaire pour l'obtention de ce but : la peine doit être aussi sévère et ne doit pas être plus sévère que cela n'est nécessaire (1) ». Et si le législateur a créé une loi nouvelle, c'est parce qu'il considèrerait l'ancienne comme insuffisante ou excessive.

L'argument négatif c'est qu'il n'y a pas de raisons de droit mettant obstacle à l'application de la loi nouvelle. Ce moyen se subdivise en trois branches principales : 1° On est ici en matière de droit public et en droit public la rétroactivité est de règle ; 2° le juge, à qui il appartient de statuer dans chaque hypothèse concrète, ne peut appliquer que le droit en vigueur ; 3° « le délinquant n'a aucun droit à la peine d'une loi déterminée ; le contenu de son devoir de souffrir la peine ne se fixe que d'après le contenu du droit de punir de l'Etat, et celui-ci est précisé par le jugement » (2). On peut négliger le quatrième argument invoqué dans ce sens par Binding et qui a trait à l'appréciation de la rétroactivité au point de vue de l'équité (*Billigkeit*) (3).

49. — Tel est le système de Binding. Ce système, nous l'avons déjà dit, ne nous paraît pas devoir être admis. Nous devons fournir les raisons justifiant cette opinion.

(1) V. p. 239, *id.*

(2) BINDING, *loc. cit.*, pp. 239 et 240.

(3) P. 240, *id.*

50. — En ce qui concerne la distinction de la norme et de la loi pénale, en général et *in abstracto*, elle nous paraît soutenable. Sans doute le délinquant, en commettant son délit, agit non pas au mépris de la loi pénale qui prescrit de punir ce délit de telle ou telle façon, car pour que la sanction soit applicable et, en conséquence, pour que la loi l'édicte puisse être violée, il faut d'abord que le fait incriminé se réalise. Il y a donc, dans une infraction pénale, violation non de la loi pénale, en tant que prescrivant telle ou telle peine, mais de la norme prohibant de commettre tel ou tel délit. Et l'argument suprême prouvant la justesse logique de la distinction entre les normes et ce que Binding appelle les lois pénales, c'est l'existence distincte, dans certains cas indiscutable, des normes d'une part et des lois pénales de l'autre. Un exemple établira cette proposition mieux que tout raisonnement. L'art. 471, 15° du C. P. punit de l'amende les infractions aux règlements de police. Il est évident que, une pareille infraction venant à se produire, la norme violée c'est le règlement de police enfreint, et non la loi pénale proprement dite, c'est-à-dire, dans l'espèce, l'art. 471, 15° du C. P.

51. — Ainsi la distinction que Binding établit entre les lois pénales et les normes se conçoit. Mais là où l'erreur commence, c'est lorsque Binding admet qu'il puisse y avoir infraction pénale sans et avant qu'il y ait une loi pénale incriminant le fait constitutif de cette infrac-

tion, et lorsqu'il considère que le caractère essentiel et distinctif de toute infraction pénale c'est la désobéissance à l'ordre du souverain. Nous ne pouvons pas à cette place établir, autrement qu'en passant, l'exactitude de la première de nos affirmations (1). Mais la démonstration de la seconde suffira pour faire tomber ce qu'il y a de particulièrement original dans la conception de cet auteur et pour faire s'évanouir également par voie de conséquence son système de règlement de conflits des lois.

Que la désobéissance à l'ordre du souverain fût l'essence même de toute infraction pénale, c'était peut-être vrai dans certaines monarchies orientales de l'antiquité. Mais c'est absolument faux dans les sociétés modernes. Cette conception est en effet, de même que celle qui admet l'existence des délits en dehors des lois pénales, en contradiction avec le rôle général du droit pénal dans les sociétés modernes et avec certaines règles unanimement admises de ce droit.

Le droit pénal est dans les sociétés modernes essentiellement une barrière à l'omnipotence de l'Etat, une garantie des droits individuels, de la liberté individuelle.

(1) Cette première proposition est cependant très importante. En effet, si tout délit suppose l'existence d'une loi pénale, s'il n'y a pas de norme pénale là où il n'y a pas de loi pénale, la distinction de Binding n'est, en somme, qu'une nouvelle forme de cette vérité depuis longtemps universellement admise : il faut distinguer dans la loi pénale la partie contenant l'incrimination (l'hypothèse) et la partie édictant la peine (la sanction).

Ce n'est pas pour sanctionner le devoir d'obéissance des sujets, c'est pour garantir les sujets contre l'arbitraire du souverain que ce droit existe. Or, admettre que toute violation d'une norme, que tout acte de désobéissance, peut être légitimement, et non par l'effet d'un abus de force, puni par l'Etat, c'est mettre le droit pénal dans l'impossibilité de remplir son rôle.

Toutefois les partisans de Binding pourraient objecter à cet argument qu'il n'est qu'une déduction tirée d'une prémisses insuffisamment démontrée. Il n'en est pas de même de la seconde objection à laquelle se heurte ce système, de sa contradiction avec des règles positives du droit pénal moderne. Si le délit consistait essentiellement dans la désobéissance, il semble que, la désobéissance étant toujours identique à elle-même, toutes les infractions pénales devraient encourir la même peine ou que, si l'on admet dans la désobéissance une gradation, c'est du degré plus ou moins grand de rébellion contre l'ordre du souverain que devrait dépendre le *quantum* de la peine. D'autre part, les délits d'imprudence devraient échapper à la répression pénale, et l'ignorance de la loi être considérée comme un fait justificatif. Aucune de ces conséquences n'est admise par les législations modernes. Les peines de différentes infractions sont différentes et varient en raison du dommage social que causent ces infractions (théorie objective) ou de la nocuité du délinquant (théorie subjective). — On punit des délits d'imprudence. — L'erreur de droit, en règle

générale, n'est pas destructive de l'intention. Or, en repoussant toutes ces conséquences de la théorie de la désobéissance, le droit moderne repousse évidemment cette théorie elle-même. C'est donc ailleurs qu'on doit en chercher les principes primordiaux.

52. — Le système général de Binding devant être rejeté, sa théorie des conflits des lois ne peut évidemment pas être acceptée. Il n'y a pas, en règle générale, de distinction à faire entre les normes et les lois pénales; d'où impossibilité d'admettre tous les développements de Binding qui impliquent cette distinction. — Mais l'argumentation de Binding au sujet des lois nouvelles modifiant les peines des faits déjà antérieurement incriminés, peut en somme, être détachée de sa conception générale. Que peut-on objecter à cette argumentation, et comment se justifie la distinction entre les lois nouvelles plus douces et plus sévères? Il ne nous est pas possible de répondre à cette place à ces questions, car cela nous entraînerait dans un exposé prématuré de nos conceptions personnelles.

53. — A la différence de Binding, von Bar approuve le système de la pratique dans ce qu'elle applique la loi la plus douce, que ce soit la loi de commission ou la loi du jugement. Comme Binding, il considère que le principe en cette matière c'est l'application de la loi nou-

velle. L'exception que ce principe souffre au cas où la loi nouvelle est plus sévère que la loi ancienne lui paraît tout aussi légitime que le principe en question lui-même. La première de ces propositions étant une conséquence naturelle et forcée de la deuxième et de la troisième, c'est ces deux propositions seulement que nous avons à développer.

54. — Le principe de l'application de la loi nouvelle résulte pour von Bar de la supériorité, tout au moins nécessairement présumée, de cette loi sur la loi ancienne.

Bar adhère, en ce qui concerne cette question, à l'opinion de Lassalle, dont il apprécie, en général, très hautement le système (1).

Mais si de la sorte, lorsqu'on se place au point de vue de l'Etat, on aboutit à l'application immédiate de la loi nouvelle, on se rend compte, d'après von Bar, de la nécessité d'admettre l'application persistante de la loi ancienne plus douce, en envisageant la question du côté de l'individu : « La loi ancienne plus douce doit, « dit-il, être appliquée en considération de la sécurité « des droits de l'individu et pour éviter des abus possibles » (2). Il ne faut pas que la sphère juridique de l'individu se trouve influencée d'une façon imprévisible. « Sans doute, dit-il, en différant sur ce point d'opinion d'avec Lassalle, on ne peut pas dire que l'individu

(1) *Op. cit.*, note 35, p. 71.

(2) *Loc. cit.*, p. 10.

a un droit à la peine que fixait la loi en vigueur au moment de l'action... Mais l'ordre juridique ne doit pas induire en erreur un individu qui agit en se fiant à l'impunité d'un fait, promise par la loi, ou seulement en escomptant la moindre punissabilité actuelle de sa conduite » (1).

Et von Bar invoque, en faveur de la solution qu'il préconise pour cette dernière hypothèse, cette considération, qui n'est certes pas négligeable, qu'un délit peut être cependant un acte moral, comme dans le cas (exemple par lui cité) où il s'agit d'un refus de témoignage motivé par le respect dû à un secret professionnel non reconnu par la loi. D'où cette conclusion : « On doit de la sorte, dans la mesure du possible, s'en tenir à la proposition qu'une diminution de la sphère des droits d'un individu n'est admissible qu'avec la coopération de sa propre volonté, ou (en tout cas, qu'une diminution de la sphère des droits d'un individu doit pouvoir être évitée par l'effet de sa volonté... De la sorte, ce n'est pas seulement un principe du droit public qui exclut l'application de la loi nouvelle plus sévère, mais encore un principe du droit pénal lui-même » (2).

55. — Que faut-il penser de ce système ? — Toutes les idées que von Bar développe, et qui sont d'ailleurs, en

(1) P. 71.

(2) *Loc. cit.*, pp. 72-73.

très grande partie, celles de Lassalle débarrassées de ce qu'il y avait en elles d'excessif et d'inutilement métaphysique, nous paraissent fort exactes (1). Mais son argumentation est incomplète. Quelle répercussion le système préconisé exercera-t-il sur les effets de la loi pénale ? Ce point de vue, des plus importants cependant, est complètement négligé. — En dehors des principes de la supériorité de la loi nouvelle sur la loi ancienne et de la protection due à la liberté de l'individu, — principes qui sont, à proprement parler, plutôt des principes de politique juridique que des principes du droit positif en général et du droit criminel en particulier, — n'y en a-t-il pas d'autres, plus nettement juridiques, auxquels on puisse réduire les règles admises ? Il y a là encore une question importante que von Bar n'envisage cependant pas.

Ainsi le système de von Bar présente de graves lacunes.

L'étude des opinions émises dans la science française, étude à laquelle nous procéderons après avoir rapidement examiné le système de l'application directe de la loi la plus douce, nous permettra de compléter, sous ces différents rapports, le système au fond excellent de von Bar.

(1) Cf. *infra*, ch. IV.

SECTION TROISIÈME.

Système de la compétence directe de la loi la plus douce.

SOMMAIRE: 56. Généralités. — 57. Pulvermacher. — 58. Critique de sa conception.

56. — Le système de la loi du moment de la commission et celui de la loi du jugement aboutissent à l'application de la loi la plus douce, le premier, en considérant comme principe l'application de la loi ancienne, mais en apportant à ce principe une exception pour le cas où la loi nouvelle est plus douce que la loi ancienne ; le second, en prenant pour principe ce qui, dans le système précédent, est l'exception, mais en admettant néanmoins l'application de la loi ancienne, lorsque cette loi est plus douce que la loi nouvelle. Un certain nombre d'auteurs (1), nous l'avons déjà indiqué, préconisent un troisième système. Ils considèrent que le principe en cette matière, c'est tout simplement l'application de

(1) Pour la bibl. allemande, v. BINDING, *loc. cit.*, § 51, note 16 (pp. 235-236). V. également le *Cours du Droit criminel* du criminaliste belge HAUS, n° 81 (3^e éd., p. 122).

la loi la plus douce. Ce système, dont nous indiquerons tout à l'heure les insuffisances manifestes, a été présenté en Allemagne d'une façon assez curieuse par Pulvermacher (1).

57. — Pour Pulvermacher, la solution de notre question doit être cherchée dans un examen attentif de la manière dont le législateur procède et du but qu'il poursuit en élaborant les lois. Une nouvelle loi pénale résulte d'un changement dans les conceptions. Le législateur, en élaborant cette loi, envisage en premier lieu les conditions et les conceptions nouvelles et, dans sa pensée, la loi en question est destinée à régir les faits qui seront à la fois accomplis et jugés après la promulgation de cette loi et avant son abrogation. Comme l'ancienne loi ne visait également que les faits qui tombaient sous son empire à la fois et à raison du moment de leur commission, et à raison du moment de leur jugement, les faits intérimaires échappent à la compétence de l'une et de l'autre de ces lois.

Le législateur qui crée la loi nouvelle s'en rend évidemment compte, et il établit pour ces faits une loi spéciale. Or, la peine établie par cette loi spéciale ne peut pas être une troisième peine, différente de celles de la loi ancienne et de la loi nouvelle. Car « le changement des lois ne se basait, lui aussi, que sur un

(1) PULVERMACHER, *Goltdammers Archiv*. XIX, p. 5 et suiv.

unique changement dans les conceptions et dans l'appréciation de la faute » (1). Au contraire, comme l'un des éléments essentiels de la situation à régler, l'infraction, est situé dans le passé, l'autre, le jugement, dans le présent, la peine de la loi intermédiaire doit être une combinaison des peines de la loi ancienne et de la loi nouvelle. Cette combinaison doit consister dans la déclaration de la compétence de la loi la plus douce, « en considération de ce fait que la loi intérimaire ne poursuit qu'un but de répression et non le but d'exemplarité ou d'interdiction ». Et ainsi de l'incompétence des deux lois en présence Pulvermacher déduit le principe de l'application directe de la peine la plus douce.

58. — Le système exposé présente certains défauts qui lui sont propres et un autre qui affecte tous les systèmes proclamant la compétence directe de la loi la plus douce. Il a des défauts qui lui sont propres. Signalons seulement son interprétation tout à fait arbitraire de la pensée du législateur : nous ne croyons pas qu'il en ait jamais existé un seul qui eût songé à la loi intermédiaire dont parle Pulvermacher. — Le défaut qui entache le système exposé, comme il entache tous les systèmes de la même espèce, c'est son impuissance à résoudre l'une des questions principales de la matière.

(1) *Loc. cit.*

Supposons deux lois successives, différentes l'une de l'autre, mais également douces ou rigoureuses.

Quelle est, de ces lois successives, celle applicable aux faits intérimaires ? Les différents systèmes de la compétence directe de la loi la plus douce ne répondent ni ne peuvent répondre à cette question. Ils se montrent, par cela même, inférieurs à leur tâche. Et comme l'une des principales utilités d'une construction juridique, c'est de résoudre les questions passées sous silence par le législateur, ces systèmes, impropres à remplir leur rôle naturel, doivent être, sans hésitation, rejetés.

CHAPITRE III

La doctrine française.

SOMMAIRE: 59. Plan. — Observation préliminaire.

59. — La question du conflit des lois pénales dans le temps a été moins étudiée et discutée en France qu'en Allemagne. Les différents auteurs qui l'ont examinée se sont placés surtout au point de vue législatif et à celui des textes, — différant peu les uns des autres dans leur justification de la règle, que presque tous ils admettent, de la compétence de la loi la plus douce, n'examinant pas l'hypothèse, cependant au point de vue théorique très importante, du conflit de deux lois successives également sévères, ne prenant souvent pas, avec une suffisante netteté, position vis-à-vis de la question du principe de l'application de la loi ancienne ou de la loi nouvelle. La question a été toutefois beaucoup approfondie par M. Garçon (1).

(1) Code pénal, annoté, v. l'art. 4, n^{os} 30-89.

Exposer la doctrine courante des criminalistes français ; étudier les conceptions de M. Garçon : tel est donc le double objectif que nous aurons à poursuivre.

Observation préliminaire importante : un trait est commun à tous les criminalistes français et les distingue nettement de la presque totalité de la doctrine allemande. C'est le souci de la science française à sauvegarder la liberté individuelle.

SECTION PREMIÈRE.

La conception courante.

SOMMAIRE : 60. Généralités. — 61. Citations. — 62. Point de vue législatif. Distinction. — 63. Justification de la règle du maintien de la compétence de la loi ancienne plus douce que la nouvelle. — Portalis, Merlin. — 64. Suite. — Extension aux lois d'aggravation. — 65. Seconde catégorie d'arguments. — But de la loi. — Application à la matière de la loi ancienne plus douce. — 66. Justification au point de vue législatif de l'application immédiate de la loi nouvelle adoucissant la législation ancienne. — Les trois systèmes. — 67. Suite. — Système de l'humanité. — 68. Suite. — Système de l'utilité ou de la justice. — 69. Suite. — Supériorité de la loi nouvelle. — 70. Justification juridique. — Ses deux aspects. — 71. Les textes. — 72. La construction juridique. — Généralités. — 73. Suite. — Système de la sanction. — 74. Suite. — Explication de l'exception de la loi plus douce par la notion des droits acquis. — 75. Seconde explication : renonciation de l'Etat. — 76. Résumé. — Critique des arguments de texte.

60. — Dans la doctrine française traditionnelle on considère comme principe l'application de la loi du moment de la perpétration du fait incriminé, mais on admet en même temps l'exception de la loi nouvelle plus douce que la loi ancienne. Cette règle et cette ex-

ception, la majorité des criminalistes français les approuvent au point de vue législatif, les raisons de cette approbation étant d'ailleurs en partie très différentes, suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre. — Au point de vue purement légal, ils rattachent la règle à la disposition de l'article 4 du Code pénal, qui, à son tour, n'est envisagé que comme une application de l'art. 2 du C. C., et l'exception à certains textes spéciaux. — Au point de vue juridique, la majorité des auteurs considère qu'il s'agit, en cette matière, du principe général de la non-rétroactivité de la loi.

Nous aurons à développer ces différentes propositions et à apprécier la doctrine qui en résulte.

61. — La quasi-totalité des criminalistes français admet le principe de la compétence de la loi du moment de la perpétration du fait incriminé et l'exception de la loi nouvelle plus douce que l'ancienne. Toutefois, cette règle, tout au moins en ce qui concerne le principe, souvent n'est pas formulée directement, mais résulte de la conception juridique générale de ces auteurs, de l'extension, qu'ils recommandent, à notre matière de l'art. 2 du C. C. — Cette conception est très ancienne. Elle était déjà, en ce qui concerne le principe, celle de Portalis (1) qui, en justifiant la règle de la non-rétroactivité de la loi, citait un exemple tiré du domaine

(1) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 577.

de la législation pénale, ce que, un peu plus tard, faisait aussi Merlin (1). D'ailleurs, Merlin formulait aussi expressément la règle de l'application de la loi nouvelle, lorsque cette loi était la plus douce (2). Un des premiers auteurs qui se prononcèrent dans le même sens fut également Blondeau, dans sa note magistrale publiée au *Sirey* de 1806 (3). — Ainsi, dès le début du XIX^e siècle, une tradition se forma en cette matière et les criminalistes postérieurs restèrent fidèles à cette tradition. Tels le Sellyer (4), Bertauld, Boitard (5), Blanche (6), Faustin-Hélie, Laborde (7), Degois (8) et d'autres. Il y a ainsi, comme on le voit, accord parfait entre la doctrine et la pratique françaises.

62. — Comment se justifie, au point de vue législatif, la règle de l'application de la loi la plus douce ? Tous les criminalistes français examinent cette question. Pour exposer d'un façon systématique leurs conceptions, il

(1) MERLIN, *Rép.*, v^o Effet rétroactif.

(2) V. MERLIN, *op. cit.*, v^o PEINE, n^o 9.

(3) BLONDEAU, note au *S.* 1806, 2, 286.

(4) *Traité de la Pénalité, de la Responsabilité et de la Criminalité*, t. I, n^o 238 (p. 355 de la 2^e éd.).

(5) BOITARD, *Leçons de Droit criminel*, nos 26-27 (pp. 40-43 de l'éd. de 1889).

(6) BLANCHE, *Code pénal*, nos 24 et suiv. (p. 46 et suiv. de la 2^e éd.).

(7) LABORDE, *Traité de Droit pénal*, nos 57 et suiv. (p. 39 et suiv. de l'éd. de 1911).

(8) DEGOIS, *Traité de Droit criminel*, nos 124 et suiv. (p. 82 et suiv. de l'éd. de 1911).

faut distinguer suivant qu'il s'agit du principe de l'application de la loi ancienne moins sévère que la loi nouvelle ou, au contraire, de l'exception de la loi nouvelle plus douce. Rappelons qu'aucun de ces auteurs n'examine, au point de vue législatif, la question de savoir laquelle des deux lois successives doit être appliquée lorsque ces deux lois sont également rigoureuses.

63. — Le premier argument qu'on invoque en faveur du maintien de la compétence de la loi ancienne plus douce, c'est la nécessité qu'il y a d'admettre cette règle, si l'on veut protéger la liberté civile. Cet argument remonté à l'époque même de la confection des Codes et il a été déjà très nettement formulé, mais seulement par rapport *aux lois nouvelles formulant une nouvelle incrimination* par Portalis et par Merlin ; — par tous les deux, dans le but de justifier le principe général de la non-rétroactivité de la loi. « La non-rétroactivité de la loi doit être admise, disait Portalis, parce que la liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe pas... ; que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup, il serait exposé au danger *d'être recherché dans ses actions* ou troublé dans ses droits acquis par une loi postérieure ? » (1). Et spécialement en ce qui concerne une

(1) *Loc. cit.*, p. 577.

loi pénale nouvelle instituant une nouvelle incrimination, il continuait ainsi (1) : « Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la loi que l'on promulgue pour les réprimer ? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient, avant la loi, ce qu'ils ne doivent devenir qu'après. » — Et Merlin raisonnait de la même manière lorsqu'il disait (2) : « Ce principe (celui de la non-rétroactivité), n'a été écrit sur le frontispice de nos lois que pour servir aux membres de la société de garantie contre les caprices du législateur, que pour empêcher celui-ci de violer leur sûreté individuelle en les faisant punir aujourd'hui à raison d'un fait d'hier qui, n'étant pas défendu lorsqu'il a eu lieu, était par cela seul permis. »

64. — Portalis et Merlin n'envisageaient directement que l'hypothèse d'une loi instituant une nouvelle incrimination. Et il est certain que, dans cette hypothèse, la rétroactivité de la loi nouvelle constituerait, pour les citoyens, un danger particulièrement grave. Mais les lois instituant une nouvelle incrimination ne forment qu'une catégorie des lois nouvelles plus sévères. La

(1) *Loc. cit.*, p. 579.

(2) MERLIN, *Rép. de jurispr.*, v^o PEINE, p. 4.

protection due à la liberté des citoyens s'oppose-t-elle également à l'application rétroactive des lois nouvelles qui ne font qu'aggraver la sanction d'un fait déjà précédemment incriminé par le législateur ? On serait tenté de répondre à cette question par la négative, en disant que l'existence d'un avertissement pénal quelconque doit suffire pour mettre en sécurité la liberté individuelle (1). Mais déjà la raison indiquée par Merlin milite en sens contraire : s'il s'agit de protéger les membres de la société des caprices du législateur, il semble bien que cette protection est encore très utile lorsque le « caprice » n'a traité qu'à la rigueur de la peine. On peut donc considérer que dans la pensée de Merlin l'argument qu'il invoquait avait une portée tout à fait générale. Telle a dû être également la conception de Faustin-Hélie (2) qui, lui aussi, n'envisageait directement que l'hypothèse extrême d'une loi incriminant un fait anciennement licite. Et enfin Ortolan (3) s'est prononcé expressément dans le même sens. En examinant la question de la compétence de la loi ancienne au point de vue rationnel, il dit (4) que « la vraie et majeure raison (de cette compétence), c'est qu'il n'y aurait aucune sécurité pour les habitants, si la pénalité était,

(1) V. LE SELLYER, *Traité de la pénalité, de la criminalité et de la responsabilité*, t. I, n° 239 (p. 356).

(2) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. I, nos 21, 22 et 23.

(3) ORTOLAN, *Eléments du Droit pénal*, t. I, n° 573.

(4) ORTOLAN, *op. et loc. cit.*

même à l'égard des actes passés, à la merci du législateur ou du juge ». Or, la formule générale d'Ortolan semble viser tout aussi bien l'hypothèse l'une loi nouvelle aggravant les peines, que celle d'une loi nouvelle incriminant un fait anciennement licite. Et il en va de même de la seconde raison, ressortissant du même ordre d'idées, que cet auteur invoque en faveur de sa solution : « la société, dit-il, est, dans la répression, à la fois juge et partie, d'où possibilités d'injustice dans l'application de la peine ». Or « la loi décrétée à l'avance, qui pose au moins une barrière aux ressentiments, aux passions ou aux exagérations du moment, est un des palliatifs indispensables à cette imperfection » .— C'est enfin, la même idée encore qu'il exprime dans son interprétation de l'art. 4 du C. P. en disant (1) que « celui qui a fait un acte, même mauvais en soi, sous l'empire d'une législation par laquelle cet acte n'était point puni ou *n'était puni que de telle peine déterminée*, celui-là, pour des raisons de sécurité générale dont nous venons de parler..., a relativement à la société un droit acquis à ce que sa condition, sous le rapport de responsabilité pénale, ne puisse être empiquée ».

65. — Mais si un grand nombre de criminalistes justifie la compétence de la loi ancienne plus douce que

(1) *Loc. cit.*, n° 586.

la nouvelle, par des motifs se rattachant à la nécessité de sauvegarder la liberté individuelle, cet argument n'est pas le seul dont on se prévaille dans ce sens. Certains criminalistes rattachent cette solution au but de toute législation pénale.

La première, et peut-être la meilleure formule de cet argument, se trouve dans la note précitée de Blondeau. Ce jurisconsulte, qui assigne comme fondement à la peine l'utilité sociale, déclare que « si la loi nouvelle est plus sévère (que l'ancienne), il faut appliquer la loi ancienne ; car la loi nouvelle n'a prononcé des peines plus graves que pour prévenir plus sûrement le crime : or, elle ne peut influer sur les crimes déjà commis ; et il suffit, pour qu'elle produise son effet, qu'elle atteigne tous ceux qui auront, par la suite, méprisé sa menace ».

Cette argumentation, fondée sur le but même du droit pénal, ne s'est jamais perdue depuis Blondeau dans la science française. Seulement ce n'est pas pour expliquer le principe même de la non-rétroactivité de la loi pénale, mais pour justifier l'exception qu'on apporte à ce principe par rapport aux lois nouvelles plus douces, qu'elle a été surtout mise en avant.

66. — En effet, comme nous l'avons déjà d'ailleurs dit, la pratique judiciaire française applique même aux faits antérieurs les lois nouvelles plus douces que les lois anciennes, et la doctrine est unanime à approuver cette pratique. Or, ce n'est certes pas le respect dû à la

liberté individuelle des délinquants qui peut justifier l'exemption de toute peine ou la mitigation de peine résultant d'une loi nouvelle plus douce. Comment, dès lors, cette règle favorable aux délinquants se justifie-t-elle ? Faveur accordée pour des raisons d'humanité, disent les uns. Inutilité ou injustice de l'application de la loi ancienne, expliquent d'autres. Supériorité de la loi nouvelle et absence de raisons législatives mettant obstacle à son application immédiate, affirment plus ou moins nettement d'autres.

67. — La première opinion, si répandue en Allemagne, n'a trouvé, à notre connaissance, parmi les criminalistes français autorisés, qu'un seul protagoniste. Ce protagoniste, c'est Blanche. « La société, dit-il (1), qui a cru pouvoir adoucir pour l'avenir la rigueur de certaines peines, n'obéit qu'à un sentiment d'humanité bien entendu en voulant que cette faveur réagisse même sur ceux qui s'étaient exposés à un châtement plus sévère. Les coupables profitent de cette générosité. » — Justification d'une insuffisance manifeste. Car cette générosité est-elle vraiment l'effet d'un « sentiment d'humanité bien entendu » ? N'est-elle pas, par hasard, le produit de ce qu'il est convenu d'appeler le faux humanitarisme ? Cette question, dans son système essentielle, Blanche ne la tranche que par une simple affirmation.

(1) V. *op. et loc. cit.*, n° 25.

68. — Aussi la très grande majorité des auteurs français cherche-t-elle la solution du problème dans un autre ordre d'idées. La loi pénale poursuit un but d'utilité sociale ; un but d'utilité sociale et de justice, disent d'aucuns. Et l'application de la loi nouvelle plus douce, continue-t-on, résulte d'une exacte adaptation de la réglementation légale aux buts de la loi pénale. C'est ainsi que déjà Blondeau (1) déclarait que « si la loi nouvelle est plus douce, c'est elle qu'on devra appliquer : car si le législateur a jugé qu'une peine plus faible est suffisante pour prévenir les contraventions, le surcroît de peine ordonné par la loi est un mal qu'aucun avantage ne justifie ». Boitard, pour qui la peine doit être calquée sur le degré de l'immoralité de l'acte et sur le péril que cet acte fait courir à la société, arrive à la même solution en faisant appel à la fois à l'idée de l'utilité sociale et à celle de la justice. « En effet, dit-il (2), si la peine ancienne est supprimée ou adoucie, c'est apparemment que le législateur ne trouve plus dans les faits, sur lesquels il statue, le caractère d'immoralité, de culpabilité qui avait légitimé, pour les législateurs précédents, la gravité de la peine ancienne ; ou bien que le caractère d'immoralité restant le même à ses yeux, le péril social, le second élément pour la fixation de la peine, ne lui paraît plus exiger une ré-

(1) *Loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

pression aussi forte ». — De nombreux auteurs postérieurs à Boitard ont répété, en la modifiant plus ou moins, son explication. Tels, parmi les classiques, Ortolan (1) et Faustin Hélie (2) ; parmi les modernes, par exemple, Villey (3). Citons encore cet extrait (4) du cours du Code pénal de Bertauld : « Quel que soit le caractère de la pénalité, qu'elle soit un instrument de défense ou la sanction d'un commandement..., le pouvoir n'a pas le droit de punir, quoique s'étant produit sous la loi ancienne, un fait qu'il ne regarde plus comme un danger social ou d'infliger à ce fait, qu'il juge encore punissable, une peine qui lui semble dépasser la mesure de la nécessité. Cela est évident si le principe de défense est admis : le droit de défense ne naît que du péril de l'attaque. Cela est certain encore dans notre système à nous qui ne voyons dans la peine qu'une sanction, parce que, du moment où la société juge qu'un certain commandement ne doit plus être

(1) Qui déclare, *op. et loc. cit.*, n° 586, que la loi nouvelle prouve que la société considère la loi ancienne ou comme injuste ou comme inutile.

(2) « Ce n'est donc pas une sorte de faveur, mais un strict principe de justice qui justifie cette exception, car il serait d'une suprême injustice d'appliquer des peines qu'au même instant on déclare surabondantes ou d'une sévérité excessive », ouvrage cité, n° 27, p. 46.

(3) « Si la loi nouvelle, présumée la meilleure, supprime un commandement, c'est qu'il n'est plus nécessaire, partant la sanction est sans objet ; si la loi nouvelle atténue la pénalité, c'est que l'ancienne pénalité était excessive et, dès lors, elle a perdu sa légitimité. » VILLEY, *op. cit.*, 6^e éd., p. 55.

(4) BERTAULD, *Cours du Code pénal*, 6^e éd., p. 171.

maintenu, ou n'exige qu'une sanction moins énergique, elle n'a plus de titre, parce qu'elle n'a plus d'intérêt, soit à une sanction quelconque, soit à une sanction reconnue excessive ».

69. — La justification par une raison d'utilité ou de justice de l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce repose nécessairement sur une prémisse : la supériorité de la loi nouvelle, supériorité tout au moins obligatoirement présumée. Or, si la loi nouvelle est présumée supérieure à la loi ancienne, et si les raisons qui mettent obstacle à son application immédiate au cas où elle est plus rigoureuse que la loi ancienne, font défaut lorsqu'elle est plus douce que cette loi, il semble déjà résulter, rien que de ces deux propositions, que l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce s'impose. C'est bien cette argumentation, très simple, mais suffisante, qui paraît être celle de M. Degois (1). Sans doute, ce criminaliste n'affirme pas expressément la supériorité de la loi nouvelle. Mais, pour justifier l'application de la loi nouvelle plus douce, il se contente de constater que « à raison du fondement qui lui est assigné, la non-rétroactivité est... étrangère aux lois pénales plus douces que la législation qui les précédait ». Conclusion qui implique nécessairement l'adhésion de M. Degois à la proposition ci-dessus signalée.

(1) DEGOIS, *Traité de Droit criminel*, n° 132 (p. 86 de l'édition de 1911).

70. — Nous venons de voir quels sont les différents arguments d'ordre législatif qui militent en faveur de la compétence des lois, ancienne ou nouvelle, plus douces. La doctrine française courante, nous l'avons déjà indiqué, rattache ces solutions au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, mitigé par la règle de la rétroactivité des lois plus douces que les lois anciennes. Quelle est la valeur juridique de cette conception ? La question, pour être bien examinée, doit être, semble-t-il, dédoublée. Quels sont les textes rendant cette construction possible en droit positif ? Quelle est la valeur intrinsèque de la conception en question elle-même ? Telles sont, peut-on penser, les deux parties, étroitement liées l'une à l'autre, mais cependant distinctes de notre problème.

En réalité, la première des questions posées se réduit, en grande partie, à la seconde.

71. — Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale est rattaché par les auteurs à l'art. 4 du C. P. et à l'art. 2 du C. C. L'art. 2 du C. C. porte : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Ce texte, dit-on, à la fois par sa formule très large et par la place qu'il occupe dans le C. C., semble avoir une portée tout à fait générale. Et, continue-t-on, l'art. 4 du C. P. ne fait que reproduire en d'autres termes la disposition de l'art. 2 du C. C., en écartant de la sorte tout doute en ce qui concerne la

légitimité de l'extension au domaine du droit pénal du principe de la non-rétroactivité des lois. C'est ainsi que, par exemple, Ortolan (1) déclare : « La disposition de l'art. 4 du C. P. n'est, au fond, qu'une déduction particulière de cette autre règle plus générale placée en tête de notre droit civil : La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

La justification au point de vue des textes du principe de la non-rétroactivité paraît donc aisée. Bien plus délicate, et même, dans le système classique de la doctrine, impossible est la justification à ce même point de vue de l'exception de la loi nouvelle plus douce. Nous avons vu au n° 19 que tous les textes qui ont formulé cette règle étaient des textes spéciaux à telle ou telle loi nouvelle et que même l'avis du Conseil d'Etat de l'an VIII présentait le même caractère de spécialité. Cependant, on tire de ces dispositions une règle générale que le législateur n'a nulle part édictée. Pour justifier une pareille généralisation, on ne peut faire appel, dans l'absence des textes, qu'à des idées doctrinales. Et ainsi, en cette matière, la question du droit positif et celle de la construction doctrinale se confondent en fin de compte.

Cependant, notons-le tout de suite, certains criminalistes nient toute possibilité de construction juridique complète. En effet, tous ceux qui considèrent comme

(1) *Op. cit.*, n° 585.

une « faveur » la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce renoncent évidemment, non seulement à justifier cette règle au point de vue législatif, mais encore à l'expliquer au point de vue juridique.

72. — Expliquer au point de vue juridique une règle ou une institution, c'est les rattacher à une règle ou à une institution plus générales. Aussi, lorsqu'on rattache la matière des conflits des lois pénales au principe général de la non-rétroactivité des lois, on fait déjà, en tant qu'il s'agit du principe de la *compétence de la loi ancienne*, œuvre de construction juridique. La majorité des auteurs français acceptent cette construction et s'en contentent. Il y a eu cependant certaines tentatives d'aller plus loin dans l'analyse, et tout en rattachant l'art. 4 du C. P. à l'art. 2 du C. C., de déduire néanmoins, ce qui est assez contradictoire, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale d'une conception particulière de l'infraction. — En ce qui concerne l'*exception de la loi nouvelle plus douce*, nous retrouvons dans la doctrine française les mêmes essais d'explication que ceux que nous avons déjà rencontrés dans la doctrine allemande : un premier qui se rattache à la notion même de la non-rétroactivité et à la théorie des droits acquis et un second qui parle d'une renonciation de l'Etat.

73. — L'essai incontestablement le plus éloquent de

rattacher le principe de solution de notre question au fondement même du droit pénal, c'est celui qui a été tenté par Bertauld. « Au point de vue philosophique, dit ce brillant criminaliste (1), cette question (celle de la rétroactivité) doit être résolue affirmativement ou négativement, suivant que la pénalité sera considérée comme un instrument de défense appartenant à la société, ou seulement comme la sanction nécessaire d'un commandement du pouvoir social. Si le droit de punir s'exerce, non pas en vue du passé et comme la répression de la violation d'un commandement, mais en vue de l'avenir et pour prévenir le retour des faits dangereux à l'ordre social, il ne faut pas hésiter à appliquer la loi nouvelle, quand elle est une meilleure arme... » Mais, continue-t-il : « si la peine n'est légitime que comme conséquence d'un commandement, la conséquence ne peut précéder la cause, et les incriminations nouvelles, et les aggravations de pénalité ne peuvent rétroagir. » — Ainsi, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale se trouve rattaché par Bertauld à l'idée de désobéissance, conception assez analogue à celle du droit romain de l'époque impériale. De cette conception, qui est également celle de M. Villey (2), et, dans une certaine mesure, de M. Laborde (3), quelle en est la valeur ? Ce système est erroné.

(1) BERTAULD, *op. cit.*, p. 170.

(2) VILLEY, *Précis d'un cours de Droit criminel*, 6^e éd., p. 54.

(3) LABORDE, *Traité de Droit pénal*, éd. de 1911, n^{os} 57-58 (pp. 39-44).

Pour s'en rendre compte, il suffit de constater que la conception en question devrait, semble-t-il, aboutir en bonne logique, non à la non-rétroactivité, mais à la rétroactivité des lois nouvelles aggravant la pénalité d'un délit déjà anciennement considéré comme tel ; car il y a ici désobéissance à un commandement et, comme le dit Villey lui-même, la loi nouvelle doit être présumée la meilleure. Laborde (1) est, à ce point de vue, plus conséquent que Bertauld et Villey avec son principe : « Si la loi nouvelle, dit-il en effet, a simplement pour but de modifier la peine d'un fait déjà incriminé, alors la solution de l'art. 4 ne s'explique que par une *raison d'humanité* ».

Ainsi, le système de la non-rétroactivité fondée sur l'idée de sanction aboutit logiquement à la rétroactivité de la loi nouvelle plus rigoureuse que la loi ancienne. Déjà rien qu'à ce point de vue, il est inadmissible comme construction des solutions de la pratique. Aussi doit-il être rejeté sans la moindre hésitation.

74. — Mais, comme nous l'avons déjà dit, la majorité des auteurs se contente de rattacher notre matière au principe général de la non-rétroactivité de la loi. Et la seule difficulté qui se présente alors, c'est celle d'expliquer l'exception de la loi nouvelle plus douce. C'est Merlin qui a développé en France la première des expli-

(1) *Op. cit.*, n° 58, p. 41.

cations précédemment signalées, celle qui part de l'idée même de la rétroactivité.

74 bis. — Pour savoir quand l'ancienne loi reste compétente, il faut déterminer les cas où il y aurait rétroactivité si l'on faisait application immédiate de la loi nouvelle. Or, suivant Merlin, la règle de la non-rétroactivité de la loi a été édictée dans l'intérêt des membres de la société pour les garantir contre les caprices du législateur, pour empêcher celui-ci, dans le domaine de la législation répressive, de violer leur liberté individuelle. Dès lors, pour qu'il y ait rétroactivité, il faut que la condition suivante se trouve remplie : il faut « qu'elle (la loi) y revienne (revienne au passé) et le change au préjudice des personnes qui sont l'objet de ses dispositions » (1). Ce n'est que lorsque cette condition se trouve remplie, qu'il y a atteinte aux droits acquis et, en conséquence, rétroactivité. Or, cette condition fait défaut, lorsque la loi nouvelle abolit une incrimination ou modère une peine. L'application immédiate de la loi nouvelle ne se trouve donc aucunement en contradiction avec le principe formulé par l'art. 2; c'est, au contraire, une sage application de ce texte (2). — Ce système, on le voit, contient déjà en germe tous les éléments de la conception que Lassalle développa beau-

(1) *Rép.*, v^o *Effet rétr.*, p. 4.

(2) Telle semble être également la conception de Blondeau, note précitée.

coup plus tard, avec tant d'éclat, en langue allemande. Il se heurte, en conséquence, aux mêmes objections et doit être pour les mêmes raisons repoussé.

75. — La seconde des conceptions signalées a été développée par Ortolan. Il admet, lui aussi, la théorie des droits acquis et formule l'exception de la loi plus douce. Mais, en ce qui concerne ce dernier point, il prévoit une objection : il y a droit acquis de la société, et ce droit met obstacle à l'application rétroactive de la loi nouvelle. Ortolan répond à cette objection en indiquant que la société doit être considérée comme ayant renoncé à son droit. En effet, voici ce qu'il dit à ce propos dans ses *Eléments* (1) : « On ne trouve pas ici (lorsqu'il s'agit d'une loi nouvelle moins sévère) de droit acquis qui puisse faire obstacle à la rétroactivité. Dirait-on que la société en avait un à l'application de la peine primitive plus sévère ? Mais, si c'était la société qui l'avait, la société a donc pu y renoncer. »

Nous avons examiné *suprà* aux n^{os} 39, 40 et 41, les conceptions analogues de certains auteurs allemands. Les critiques que nous y avons formulées ayant une portée générale, elles s'appliquent aussi à la conception d'Ortolan.

76. — Ainsi, la doctrine française courante est tout à

(1) N^o 586, p. 253.

fait insuffisante au point de vue théorique. — Au point de vue des considérations d'ordre législatif, elle a le mérite considérable d'attacher une très grande importance à la protection de la liberté individuelle et de tenir compte des buts de la loi pénale. Mais elle tire des prémisses plus qu'elles ne contiennent, lorsqu'elle déduit de ces considérations législatives le principe de la compétence de la loi du moment de la commission. En effet, ce principe implique la compétence de la loi ancienne, même au cas où la loi nouvelle n'est pas plus rigoureuse que la loi ancienne. Or, dans ce dernier cas, l'application de la loi nouvelle ne mettrait pas en danger la liberté individuelle (1) et semble plus en accord avec l'idée de la supériorité de la loi nouvelle, idée à laquelle on fait appel pour expliquer la compétence de la loi nouvelle plus douce. — La conception de la doctrine est-elle, au moins, imposée par les textes en vigueur ? Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale a-t-il vraiment été proclamé par le législateur ? Non, croyons-nous, et c'est sur ce point que nous avons encore à ajouter quelques observations.

Aucun texte ne proclame le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. En effet, l'art. 2 du C. C. n'est pas applicable en cette matière. Malgré sa formule générale, ce texte ne vise que le droit privé ; or, le droit pénal est une branche du droit public. Et, d'autre part,

(1) *Cmp. infra, ch. IV.*

si l'art. 2 était ici applicable, on ne comprendrait plus, semble-t-il, l'utilité de l'art. 4 du C. P., puisque l'impossibilité de punir un fait des peines qui n'étaient pas prononcées par la loi du moment de sa commission serait une conséquence nécessaire de la non-rétroactivité de la loi pénale proclamée par l'art. 2 du C. C. — Mais l'art. 4 du C. P. ne proclame-t-il pas expressément la règle de la non-rétroactivité ? La lettre de ce texte pourrait incliner à le faire croire. Mais son origine historique et son interprétation traditionnelle conduisent à le considérer comme une disposition consacrant la règle *nulla pœna sine lege*. Or, cette règle ne se confond pas du tout avec celle de la non-rétroactivité. C'est ainsi que l'art. 2 du C. C. n'exclut aucunement une interprétation extensive et une application par analogie des règles du droit privé. Au contraire, on admet à bon droit que l'art. 4 du C. P. impose l'interprétation stricte des textes du droit pénal et met obstacle à toute extension par voie d'analogie.

Rappelons, en outre, encore une fois que les textes que la doctrine invoque ne justifient pas pleinement l'exception de la loi nouvelle plus douce. Aucun de ces textes n'a une portée générale, et en les étendant au delà de leur domaine normal d'application, on fait œuvre d'interprétation extensive dont le principe, même en cette matière, est grandement suspect. Et ainsi, au point de vue des textes comme à tous les autres points de vue, la doctrine n'établit pas ce qu'elle avance.

SECTION DEUXIÈME.

Le système de M. Garçon.

SOMMAIRE: 78. Critique par M. Garçon du système traditionnel de la doctrine. — 79. Système de M. Garçon. — Citations. — 80. Impossibilité d'admettre sans modifications le système de M. Garçon. — 81. Critique de son interprétation de la règle *nulla poena sine lege*. — 82. Conséquences en ce qui concerne le système général de cet auteur. — 83. Autre objection.

78. — Le point de départ du système de M. Garçon, c'est la critique de la théorie courante. « Cette théorie, dit M. Garçon (1), il est évident qu'elle pêche d'un côté : en se plaçant au point de vue de la non-rétroactivité de la loi, on explique bien pourquoi on ne peut appliquer une loi plus sévère aux faits commis antérieurement à sa promulgation ; mais on ne justifie pas, comment une loi plus douce s'applique, au contraire, à ces mêmes faits. On est ainsi amené à établir une exception, légitime sans doute, mais qui, rationnellement, est purement arbitraire ». Aussi M. Garçon déclare-t-il que, « en réalité, la règle de la non-rétroactivité ne concerne pas les lois pénales ». D'où il semble résulter que le prin-

(1) Code pénal annoté, art. 4, n° 31 (p. 32),

cipe, en cette matière, c'est l'application immédiate de la loi nouvelle.

79. — On ne pouvait pas mettre mieux en lumière le vice de la construction couramment admise et rompre plus nettement avec le système de la non-rétroactivité. Mais ce système, par quel autre peut-on le remplacer ? M. Gargon répond à cette question de la manière suivante : cette matière est régie par le principe *nulla pœna sine lege*. L'application immédiate de la loi nouvelle plus douce, l'application persistante de la loi ancienne, lorsque la loi nouvelle est plus sévère, sont des conséquences également nécessaires de ce principe général régissant tout le droit moderne. On violerait, dit M. Gargon (1), la règle, nulle peine sans loi : « Si une loi établissant une incrimination nouvelle, on punissait un fait d'une peine qui n'existait pas lorsqu'il a été commis : on la violerait encore, si une loi supprimant une incrimination, on appliquait un texte abrogé ». Et notre auteur continue de la sorte (2) : « Les mêmes principes résoudreont tout aussi simplement le conflit de deux lois successives : si la loi nouvelle est plus douce, elle s'applique dès le jour de sa promulgation ; l'ancienne est immédiatement abrogée ; si, au contraire, la loi nouvelle est plus rigoureuse, on ne peut, sans méconnaître la règle *nulla pœna sine lege*, l'appliquer aux

(1) *Loc. cit.*, n° 32.

(2) *Loc. cit.*, n° 33.

faits antérieurs à sa promulgation ; mais comme l'intention du législateur n'a certainement pas été de les laisser impunis, on continuera de leur appliquer l'ancienne qui, en ce qui les concerne, ne peut être tenue pour abrogée ».

80. — Telle est la théorie de M. Garçon. Toutes les solutions que l'on rattache d'habitude au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale et à l'exception que ce principe souffre sont en réalité, des déductions logiques de la règle *nulla poena sine lege*. Cette conception, extrêmement séduisante par son unité apparente, et qui a fait dans la science française époque à cause de son opposition avec le système précédent, ne nous paraît pas devoir être totalement admise.

81. — La règle : nulle peine sans loi (1) peut être envisagée à un double point de vue ou, plus exactement, elle remplit une double fonction : elle est une garantie contre l'arbitraire et la partialité du juge, elle est aussi une garantie contre l'arbitraire et la partialité du législateur. Mais, pour que ce double but soit atteint, que faut-il ? En ce qui concerne le juge, il faut et il suffit qu'il soit lié par une loi quelconque ; dès lors, pourvu que le fait incriminé soit prévu et la peine prononcée par une loi quelconque, *loi du moment de la*

(1) V. sur cette règle la très intéressante thèse de M. Julliot de la Morandière, *De la règle « nulla poena sine lege »*.

commission ou loi du moment du jugement, la maxime *nulla pœna...* ne peut pas être violée. — En ce qui concerne le législateur, la règle : nulle peine sans loi, aboutit à des exigences plus précises : pour que la liberté des citoyens ne puisse être mise en danger, il faut que le fait incriminé ait été prévu et que la peine ait été prononcée par une loi, par rapport à ce fait, antérieure. Aussi la formule latine exacte de la règle : nulle peine sans loi, ce n'est pas *nulla pœna sine lege*, c'est *nulla pœna sine lege prævia*.

Mais s'il faut, de la sorte, qu'il y ait une loi antérieure, l'existence de cette loi suffit. En effet, dès qu'il y a une loi antérieure qui prévoit le fait incriminé et qui prononce la peine appliquée, la liberté des citoyens ne peut plus courir aucun danger, ni du fait du juge lié par la loi, ni du fait du législateur qui a statué avant que le fait n'ait été commis et que l'on fût fixé sur la personnalité concrète des délinquants futurs.

82. — Or, s'il en est ainsi, et nous ne croyons pas que cette interprétation de la règle *nulla pœna...* puisse être, avec quelque chance de succès, contestée, la conception de M. Garçon apparaît comme en partie inexacte. Sans doute, la règle : nulle peine sans loi explique l'impossibilité d'appliquer aux faits antérieurs, une loi instituant une incrimination nouvelle ou aug-

(1) Sur la règle *Nulla pœna sine lege*, comp. Binding, *op. cit.*, pp. 17 et suiv.

mentant la rigueur des peines de la loi antérieure. Mais elle n'explique, ni ne peut expliquer, la compétence à l'égard de ces faits de la loi nouvelle plus douce que la législation antérieure ; elle ne permet pas non plus de résoudre la question de savoir quelle est la loi applicable lorsque les deux lois successives en concours sont de rigueur égale. Pour contester le premier de ces points, M. Garçon doit interpréter la maxime traditionnelle *nulla pœna sine lege prævia* comme exigeant que la peine fût prévue et prononcée par les deux législations successives. Mais c'est là une interprétation en désaccord tout aussi bien avec le fondement législatif de cette règle, qu'avec sa signification traditionnelle. Quant à l'hypothèse de deux lois successives d'égale rigueur, M. Garçon ne s'en occupe pas directement. Toutefois, comme il déclare que « la règle de la non-rétroactivité ne concerne pas les lois pénales », il semble, par cela même, trancher notre question dans le sens de la compétence de la loi nouvelle. Mais cette solution de notre problème ne peut être aucunement rattachée à la règle de la légalité des peines.

83. — Ainsi le système de M. Garçon ne nous paraît pas pleinement satisfaisant. — On ne peut pas rattacher à la règle *nulla pœna sine lege* à la fois et l'application de la loi ancienne et celle de la loi nouvelle lorsque l'une ou l'autre de ces lois est la plus douce. Cette règle ne met, en réalité, obstacle qu'à la condamnation à

une peine supérieure à celle prononcée par la loi ancienne. — Ajoutons encore que, même si l'on admettait l'interprétation de M. Gargon, on ne pourrait pas en tirer le principe de solution de notre question. En effet, si les juges ne peuvent prononcer qu'une peine prévue par les deux lois successives, il semble que, dans bien des cas, ils se trouveront dans l'impossibilité de prononcer une peine quelconque. Ainsi, la loi nouvelle est plus douce que la loi ancienne, mais elle change la nature de la peine : elle remplace deux années de réclusion par cinq années d'emprisonnement. Peut-on, en vérité, prétendre que la peine plus douce (5 années d'emprisonnement), était contenue dans la peine plus sévère (2 années de réclusion) ? Cela nous paraît assez douteux (1).

(1) Cmp. *suprà*, n° 38.

CHAPITRE IV

Conceptions de l'auteur.

SOMMAIRE: 86. Les trois propositions contenant la solution du problème. — 87. Point de vue législatif. — Généralités. — 88. La protection nécessaire de la liberté individuelle s'oppose à l'application des lois nouvelles plus rigoureuses. — 89. Examen de la question au point de vue des buts de la loi. — Généralités. — 90. Suite. — Le but de la loi rend inutile l'application aux faits anciens des lois nouvelles plus sévères. — 91. Le but de la loi pénale met obstacle à l'application persistante des lois anciennes plus rigoureuses que la législation nouvelle. — 92. Lois successives de rigueur égale. — 93. Point de vue strictement juridique. — Généralités. — 94. Le principe de la légalité des peines et l'exception de la loi ancienne plus douce. — 95. La règle de l'art. 1 du Code civil et le principe de la rétroactivité de la loi pénale. — 96. Dernière conception de M. Garraud. — 97. Caractère constitutionnel ou non des règles admises. — Distinction en ce qui concerne leur inclusion dans la catégorie des droits individuels. — 98. Une application du système préconisé.

86. — Le principe en matière pénale, c'est l'application immédiate de la loi nouvelle ; l'application de la loi ancienne plus douce, n'est qu'une exception. Au point de vue législatif, ce système se justifie à la fois par la nécessité de sauvegarder la liberté individuelle et par le but social que poursuivent les lois pénales. Au point de vue des textes, c'est une combinaison

de l'art. 4 du C. P. et de l'art. 1 du C. C. Et, corollaire nécessaire de cette explication au point de vue des principes juridiques, le système admis s'explique par le principe de la légalité des peines et par la règle fondamentale régissant l'application de toutes les lois et qui découle de la nature même de celles-ci, règle qui, en droit français, se trouve consacrée par l'art. 1 du C. C.

Dans ces quatre propositions se concentrent pour nous toutes les règles dominant notre matière. Il nous faut, et il nous suffira donc, pour examiner la question sous toutes ses faces, de développer ces propositions.

87. — Au point de vue législatif, des considérations de droit public empêchent d'appliquer aux faits déjà perpétrés une loi nouvelle plus sévère, et des considérations se rapportant au rôle même de la loi pénale conduisent à attribuer toujours la compétence à celle des deux lois successives qui est la plus douce. Une considération générale sur le rôle normal du législateur conduit à préférer, entre deux lois également sévères, la loi nouvelle.

88. — La loi ancienne, plus douce que la loi nouvelle, doit être préférée à celle-ci pour une raison de droit public, même si l'on considère qu'en règle générale c'est la loi nouvelle qui doit avoir le pas sur

l'ancienne. La raison de droit public à laquelle nous faisons ici allusion c'est la nécessité de protéger la liberté individuelle, idée que la science française a mise en avant dès le début du xix^e siècle. Toutefois, il ne suffit pas pour justifier la règle en question, d'énoncer cette idée d'une façon vague, en disant que la liberté individuelle courrait de graves dangers si de nouvelles incriminations ou des lois nouvelles plus rigoureuses pouvaient s'appliquer à des faits anciens. En effet, la liberté est peut-être bien de droit naturel (1), mais seulement en tant que la liberté de l'un n'est pas une entrave à une égale liberté des autres. Or, supposons une loi nouvelle incriminant pour la première fois un délit qu'on peut ranger dans la catégorie des délits de droit naturel. La liberté civile comprend-elle la liberté de commettre des délits de droit naturel? Evidemment non, car ces délits constituent des atteintes à la liberté d'autrui ou à d'autres droits tout aussi respectables que la liberté : droit à la vie, droit à l'honneur. Mais il semble bien dès lors que, lorsqu'on la creuse suffisamment, l'idée de la protection de la liberté individuelle n'écarte que l'application des lois nouvelles plus sévères de droit civil, comme diraient les romanistes, et conduit en conséquence à la distinction que consacrait déjà le droit romain.

(1) Dans le sens moderne de ce mot; v. CHARMONT, *La Renaissance du droit naturel*.

Cette objection, qui se présente tout naturellement à l'esprit, est cependant inexacte. Si l'on admet, dans une mesure quelconque, la rétroactivité des lois nouvelles plus sévères, on est forcément conduit à concéder au législateur ou au juge, ou à l'un et à l'autre à la fois, la prérogative de déclarer si une loi donnée entre ou n'entre pas dans la catégorie des lois immédiatement applicables. Or c'est justement la concession d'une pareille prérogative qui constituerait, pour la liberté des citoyens, un danger des plus graves. En effet, un législateur ou un juge tyranniques ou aveuglés par l'esprit de parti pourraient parfois être portés à considérer comme un délit de droit naturel un fait en lui-même légitime et ne constituant qu'une manifestation d'une des libertés normales de l'homme. Sans doute, la règle de l'application de la loi ancienne plus douce ne peut pas empêcher les atteintes à la liberté découlant de la proclamation par le législateur du caractère délictueux ou grave des faits qui devraient rester licites ou peu punis. Mais de telles atteintes venant à se produire, notre règle en restreint le champ d'application et en amoindrit le danger ; car, par son effet, pourront seuls être punis ceux qui à l'avenir s'élèveront, peut-être au nom de ce qu'ils considèrent comme leur droit naturel, contre la loi positive, tous ceux, au contraire, qui auront agi avant la promulgation de la loi nouvelle seront en sécurité.

Une autre raison encore milite dans le même sens.

Une des garanties les plus efficaces de la liberté des citoyens, c'est l'objectivité de la loi, son caractère impersonnel. Or, cette objectivité n'existe que lorsque la loi statue seulement pour l'avenir. Si certaines lois pouvaient régir également des faits passés, les citoyens se trouveraient exposés au danger des lois individuellement dirigées contre telles ou telles personnes. Et, comme toute loi pénale plus sévère est une nouvelle restriction apportée par le législateur à la liberté des particuliers, le danger indiqué est un danger menaçant la liberté.

89. — Ainsi la nécessité de sauvegarder la liberté civile empêche l'application à des faits antérieurs des lois nouvelles plus sévères, lois instituant de nouvelles incriminations ou aggravant les peines anciennes. Mais là se borne son effet. Cette considération ne permet pas (à elle seule tout au moins) de régler, au point de vue législatif, la question de savoir si la loi la plus douce doit également s'appliquer lorsque c'est la loi nouvelle qui présente ce caractère. Comment notre règle se justifie-t-elle dans ce dernier cas ? La réponse à cette question résulte de l'examen du but de toute loi pénale, examen qui confirme en même temps la règle dont la nécessité a été démontrée au numéro précédent. Cette justification législative se rattachant au but de la loi pénale a déjà été esquissée, comme nous l'avons montré au chapitre III, par Blondeau, dont il

nous suffira de compléter, en les adaptant aux conceptions modernes, les développements.

90. — La loi ancienne plus douce doit s'appliquer aux faits commis sous son empire non seulement parce qu'ainsi le veut tout droit public soucieux de la sauvegarde de la liberté individuelle, mais encore, venons-nous d'affirmer, parce que cela est conforme au but de la loi pénale. En effet, quel est le but social de toute loi pénale? C'est surtout de prévenir les délits en influant par la crainte du châtiment sur la conduite des justiciables (ce que les Allemands appellent la prévention générale) (1), et l'exécution de la peine est principalement un moyen de rendre efficace cette menace. C'est en même temps un moyen d'influer plus directement sur la conduite du délinquant ou de l'éliminer lorsqu'on le considère comme incorrigible (prévention spéciale). Appliquons ces principes à notre situation. Une loi introduit dans la législation une incrimination nouvelle ou aggrave la peine de la loi antérieure. En ce qui concerne l'influence sur la conduite du contrevenant, rien ne prouve que la menace résul-

(1) Sans doute, certains auteurs allemands (en particulier Binding) critiquent fort cette conception. Il nous semble cependant qu'elle s'impose avec la force de l'évidence. D'ailleurs, nous ne voulons aucunement dire par cela que le législateur ne doit tenir aucun compte de l'idée de justice. Nous considérons, au contraire, cette idée comme un bien social des plus précieux, d'où nécessité pour le législateur de la développer et de la raffermir.

tant de la norme pénale nouvelle, ne sera pas à elle seule suffisante pour l'empêcher de commettre de nouveau le fait nouvellement incriminé ou dont la peine a été augmentée. Et, observation particulièrement importante, la non-application de la loi nouvelle n'en diminuera aucunement la portée générale. L'exemplarité d'une peine dépend surtout de la certitude ou de la très grande probabilité de son application. Or, le temps étant essentiellement irréversible, ce n'est aucunement porter atteinte à la certitude ou à la probabilité de la répression que de n'appliquer aucune sanction ou de ne pas appliquer la sanction nouvelle à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Nul ne pourra évidemment dans l'avenir se transporter dans le passé pour commettre le délit envisagé.

91. — Ainsi, il n'y a aucune utilité à appliquer à des faits anciens les lois nouvelles plus sévères. Des considérations analogues, avons-nous dit, conduisent à écarter l'application de la loi ancienne, même aux faits accomplis sous son empire, lorsqu'une nouvelle loi plus douce est venue changer l'état antérieur du droit. Si l'ancienne incrimination est tout à fait abolie, s'il n'y a plus ni à intimider par une peine, ni à se préoccuper de l'effet d'exemplarité de cette peine dans le but d'agir sur la mentalité des autres délinquants possibles ; faute de délit alors, il ne peut plus y avoir de délin-

quants. Si la loi nouvelle, tout en maintenant l'incrimination, se contente de menacer les futurs délinquants d'une peine moindre, cette nouvelle législation prouve que le législateur actuel considère le surplus de peine comme inutile (ou comme injuste). Et cette inutilité (ou injustice) est tout aussi certaine au cas où le délit a été commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle que lorsqu'il a été commis postérieurement à la promulgation de cette loi.

92. — Ainsi, si de deux lois successives l'une est plus sévère et l'autre plus douce, c'est en règle générale, la loi plus douce qui est compétente vis-à-vis des faits intermédiaires. Mais il peut se faire qu'aucune gradation basée sur la rigueur de la peine ne puisse être établie entre les deux lois en conflit. Y a-t-il dans ce cas des raisons législatives de préférer l'une des lois en présence à l'autre? La réponse ne peut raisonnablement faire l'ombre d'un doute (1). Le fait même de la réforme législative prouve que la loi nouvelle est, tout au moins dans la pensée du législateur, supérieure à la loi ancienne. Les deux lois en conflit étant également rigoureuses, la question de la sauvegarde de la liberté civile se trouve hors de cause. D'où cette conséquence : l'application immédiate de la loi nouvelle semble s'imposer.

(1) Cependant elle a été contestée par certains auteurs allemands. V. *suprà*, ch. II.

93. — Ainsi le système qui considère comme principe l'application de la loi du jugement, comme exception l'application de la loi ancienne plus douce est le seul que les considérations législatives justifient. Ce système, avons-nous dit, s'accorde avec les textes et s'explique aisément par le jeu normal des principes juridiques régissant la matière. Ces principes ce sont, d'une part, le principe de la légalité des peines, proclamé déjà par la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 et consacré dans le droit actuel par l'art. 4 du C. P. ; c'est, d'autre part, la règle régissant l'entrée en vigueur des lois nouvelles, règle qui se trouve consacrée par l'art. 1 du C. C. On aboutit aisément à cette justification au point de vue purement légal et à cette explication juridique de notre matière en prenant pour point de départ la conception de M. Garçon.

94. — L'art. 4 du C. P., — M. Garçon l'a victorieusement démontré, — formule non le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, mais celui très différent de la légalité des peines. Ce second principe, nous l'avons déjà signalé, aboutit sous bien des rapports, à des conséquences tout autres que celles résultant du principe proclamé par l'art. 2 du C. C. Ainsi, tandis que l'art. 2 du C. C. ne s'oppose aucunement à l'interprétation large ou par analogie des textes légaux, on considère que l'art. 4 du C. P. impose des

solutions autres. — Mais, à l'égal du principe de la non-rétroactivité de la loi, le principe de la légalité des peines met obstacle à ce qu'on punisse en vertu d'une loi nouvelle un fait qui n'était pas incriminé au moment où il a été commis, ou qu'on applique une peine plus sévère, à un délit qu'anciennement ne menaçait qu'une sanction moindre : dans les deux cas, la solution contraire aboutirait à ce résultat qu'il y aurait une peine *sine lege praevia*. D'où l'exception de la loi ancienne plus douce qui se rattache de la sorte, au point de vue des principes juridiques, à la règle nulle peine sans loi ; au point de vue des textes — à l'art. 4 du C. P.

95. — Ainsi la règle de la légalité des peines s'oppose à la rétroactivité des lois nouvelles plus rigoureuses que la législation ancienne. Mais aucun texte pénal ne reproduit la disposition de l'art. 2 du C. C. Or, la non-rétroactivité de la loi est en somme une exception au principe général que formule l'art. 1 du C. C., principe qui veut que toute loi entre en vigueur un certain temps après sa promulgation et qu'elle soit désormais la seule loi appliquée par les tribunaux. La loi pénale ne formulant pas la règle de la non-rétroactivité de la loi, le principe général de l'application immédiate régit forcément cette matière, dans tous les cas évidemment où il n'entre pas en conflit avec le principe supérieur de la légalité des peines. De là le principe de l'application immédiate de la loi pénale

nouvelle, de son application immédiate dans tous les cas où elle n'est pas plus sévère que la loi ancienne, c'est-à-dire dans le cas de la rigueur égale des deux lois en présence et dans celui où la loi nouvelle est plus douce que la loi ancienne.

96. — On vient de le voir : toutes les règles dominant notre matière se présentent, poursuivies jusqu'à leurs origines, comme de simples et logiques déductions du principe proclamé par l'art. 4 du C. P. et de celui renfermé dans l'art 1 du C. C. Ce système est, croyons-nous, au fond celui que voulait proposer dans son Code Pénal M. Garçon. C'est également celui auquel s'est rangé, après avoir passé par une évolution curieuse (1), M. Garraud, dans la dernière édition de son

(1) Les idées actuelles de M. Garraud sur notre question sont l'aboutissant d'un développement lent et intéressant. Nous croyons utile d'en retracer les phases successives. Notons dès l'abord qu'il y a eu évolution en ce qui concerne les conceptions législatives, qu'il y a eu une véritable révolution en ce qui a trait à la construction juridique.

Au point de vue législatif, les conceptions de M. Garraud ont évolué. Le point de départ, c'est la première édition du *Traité*. En ce qui concerne l'exception de la loi nouvelle plus douce, M. Garraud la rattachait au fondement même du droit de punir. « Si le législateur, disait-il (n° 124, p. 184), a supprimé ou adouci la peine attachée à telle action ou telle inaction, c'est qu'il jugeait cette peine injuste, inutile ou excessive ; or, le droit social de punir a pour fondement à la fois la justice et l'utilité : une peine injuste, inutile ou excessive, ne peut plus être infligée. » Quant à la règle même de la non-rétroactivité de la loi pénale, que M. Garraud admettait à cette époque, on ne trouvait, pour la justifier, dans la première édition du *Traité*,

Traité. Après avoir indiqué en effet que l'art. 4 du C. P. met obstacle à l'application immédiate des lois plus sévères, M. Garraud continue en disant (1) : « Mais comme il n'est pas question dans le C. P., directement du moins, de la non-rétroactivité des lois répressives, on peut et on doit admettre que les lois pénales régissent, à partir du moment où elles sont devenues exécutoires, non seulement les actes qui s'ac-

que cette assertion (n° 121, p. 182) : « L'utilité sociale qui commande l'exécution prochaine de la loi nouvelle peut se trouver en conflit avec l'utilité particulière qui réclame un ajournement. » Cette explication législative a été complétée en 1898. L'idée de la protection due à la liberté civile fut introduite, en effet, par M. Garraud, à cette époque, dans son ouvrage. Pour justifier le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, M. Garraud indique dans la 2^e édition de son *Traité* (note 3, sous la p. 237), « que l'œuvre de la loi, qui est d'assurer et de garantir la sécurité et la tranquillité des citoyens, serait manquée si la loi était rétroactive ». Et, de même, on trouve dans cette 2^e édition l'explication suivante de l'exception de la loi nouvelle plus douce : « Le principe de la non-rétroactivité des lois a été introduit comme une garantie de la liberté et des droits des particuliers : ce serait le fausser que de le retourner contre ceux dans l'intérêt desquels il a été admis » (p. 244).

L'idée de la protection due à la liberté individuelle venant de la sorte s'adjoindre à la considération des buts de la loi pénale, la conception législative de M. Garraud se trouve de la sorte, au fond, définitivement arrêtée dès 1898.

A la fois plus lent et plus brusque a été le développement des idées juridiques de M. Garraud. Le point de départ était constitué par l'idée traditionnelle de la non-rétroactivité de la loi pénale. La théorie de la non-rétroactivité était enseignée par M. Garraud dans la première et dans la deuxième édition de son *Traité*. Elle est radicalement rejetée dans la troisième.

(1) V. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. I, n° 152 (pp. 317-318).

compliront dans l'avenir, mais aussi ceux qui ont été accomplis dans le passé, si ces lois sont plus douces que les lois anciennes qu'elles remplacent, par exemple si elles abolissent les délits ou si elles modèrent des peines. Cette solution, universellement admise, n'est pas précisément, comme on le croit et comme on le dit d'ordinaire, une exception au prétendu principe de la non-rétroactivité des lois pénales, mais une conséquence du silence du C. P. sur ce point ». Le raisonnement est très exact. Il est toutefois incomplet. M. Garraud n'envisage que l'hypothèse d'une loi nouvelle plus douce. Or, la solution qu'il préconise pour cette hypothèse doit recevoir tout aussi certainement application dans le cas de la rigueur égale des lois en conflit.

97. — La solution que nous venons de proposer permet de résoudre par une distinction une question qui a été très controversée dans la doctrine. Cette question est débattue d'ordinaire sous la forme suivante : Les règles régissant le règlement du conflit des lois pénales successives d'incrimination et de pénalité sont-elles ou ne sont-elles pas des règles constitutionnelles ? Les uns (1) se prononcent dans le sens de l'affirmative, en argumentant du caractère de principe su-

(1) V. GARÇON, *loc. cit.*, nos 32 et suiv.; GARRAUD, 3^e éd., pp. 315-316.

périeur de la règle de la légalité des peines et parfois en se prévalant de la persistance même dans le droit actuel des règles proclamées par la Déclaration des Droits de 1789. D'autres (1) contestent le caractère constitutionnel des règles en question, en se fondant surtout sur le silence de la constitution de 1875 et sur ce fait que la non-rétroactivité de l'art. 2 du C. C. n'est sûrement pas un principe constitutionnel, qu'elle s'impose au juge, non au législateur. Aucun de ces deux systèmes extrêmes ne nous paraît exact. Une distinction domine la matière.

L'effet rétroactif d'une loi nouvelle moins rigoureuse ou aussi sévère que la loi ancienne est une règle légale ordinaire. Au contraire, la non-rétroactivité des lois nouvelles aggravant la législation antérieure est un principe supérieur que le législateur lui-même est tenu de respecter.

La rétroactivité des lois nouvelles qui ne sont pas plus sévères que les lois antérieures est une règle légale ordinaire. En effet, quelle est en droit français positif la base de cette règle ? C'est l'art. 1 du C. C. Or, ce texte, inspiré par des raisons d'utilité sociale et dont la non-observation ne heurte aucun droit individuel proprement dit, est une disposition légale ordinaire, et le législateur qui l'a édictée peut y déroger. Aussi de pareilles dérogations sont-elles assez fré-

(1) Toute la doctrine traditionnelle.

quentes, même en droit pénal. Citons, à titre d'exemple, la loi récente sur les tribunaux pour enfants.

Tout autre est le caractère de la règle de la non-rétroactivité des lois d'aggravation. Cette règle est, nous l'avons établi, une conséquence du principe de la légalité des peines, principe qui est à son tour une garantie essentielle de la liberté individuelle. Or, le respect de la liberté individuelle est pour le législateur, non une faculté, mais un devoir. En votant une loi pénale rétroactive, le législateur fait, en conséquence, acte d'usurpateur, et un individu ou juge qui résiste à une pareille loi a pour lui le droit. C'est là une solution qui découle de la nature même des rapports entre l'Etat libéral moderne et l'individu et dont le rejet supposerait une transformation radicale dans la psychologie juridique des peuples civilisés et démocratiques d'aujourd'hui.

Ainsi nous considérons le principe de la légalité des peines et, par voie de conséquence, la règle de la non-rétroactivité des lois pénales d'aggravation comme des règles supérieures s'imposant au respect du législateur. Est-ce à dire que ce sont des règles *constitutionnelles* proprement dites ? Nous ne le croyons pas. La constitution de 1875 sous l'empire de laquelle nous vivons ne proclame pas ce principe. Peut-on au moins considérer que la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fut incorporée dans la Constitution de 1791, subsiste encore actuellement avec son

caractère constitutionnel de la sorte acquis? Nous ne le croyons pas. Une constitution ne subsiste en tant qu'ensemble de dispositions constitutionnelles qu'aussi longtemps que se maintient le régime l'établissant (1). Aussi la Déclaration des Droits de 1789 ne survécute pas, semble-t-il, en tant que disposition constitutionnelle proprement dite (2), à l'abrogation de la constitution de 1791. Et comme la constitution de 1875 ne sanctionne nulle part cette Déclaration, il semble bien qu'elle n'est plus en vigueur comme ensemble des règles constitutionnelles proprement dites et que, en particulier, le principe de la légalité des peines ne présente plus ce caractère.

D'ailleurs, si notre règle était une règle constitutionnelle, quelle serait la conséquence de ce fait? la possibilité pour le pouvoir constituant d'y déroger (3). Mais c'est là une conséquence inadmissible. La règle de la légalité des peines n'est pas une règle constitu-

(1) Aussi les dispositions des constitutions antérieures, ayant une portée générale et considérées comme encore en vigueur, n'ont que force de loi ordinaire. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, § 94a, p. 18.

(2) Même si elle présentait ce caractère, ce que M. Esmein conteste, v. ses *Éléments de Droit constitutionnel*, p. 562 et suiv. de l'édition de 1914.

(3) Notons toutefois que M. Duguit développe dans son ouvrage précité, § 94, une théorie particulière qui, tout en admettant le caractère constitutionnel de la *Déclaration des droits* n'aboutit pas à la conséquence visée au texte. Nous ne pouvons cependant pas admettre cette conception à cause de la force très grande qu'elle attribue à tous les articles, sans distinction aucune, de la Déclaration des droits de 1789.

tionnelle, mais quelque chose de plus qu'une telle règle. C'est une véritable limitation de la souveraineté de l'Etat. La loi *lato sensu* ne pouvait pas grand'chose jadis. Elle peut presque tout actuellement. Mais même actuellement, il y a des principes contre lesquels elle ne peut rien, des barrières devant lesquelles elle doit s'arrêter. Le principe de la légalité des peines avec sa conséquence — la non-rétroactivité des lois pénales d'aggravation — est une de ces barrières. Et c'est dans la conscience publique qu'elle trouve à la fois sa base et sa sanction.

98. .. Notre conception est à l'opposé du système de la non-rétroactivité de la loi pénale, système que nous rejetons vigoureusement. Elle diffère pratiquement de ce dernier système, tel qu'on le présente habituellement, c'est-à-dire avec l'exception de la loi nouvelle plus douce, au point de vue de la question de savoir quelle est la loi applicable lorsque les deux lois en conflit sont également rigoureuses. Elle en diffère peut-être aussi à un autre point de vue assez particulier. La question à laquelle nous faisons ici allusion est une question générale. Mais il sera plus commode de l'exposer à propos d'un cas particulier.

La loi du 26 mars 1891 a incontestablement aggravé l'état de droit antérieur en créant ce qu'on appelle la petite récidive correctionnelle. Cette récidive, rappelons-le, exige pluralité d'infractions et de condamna-

tions. Evidemment, dans les cas où toutes les infractions étaient antérieures à la loi de 1891, cette disposition plus sévère de la loi nouvelle ne pouvait pas et n'a pas reçu application. Mais que fallait-il décider si le dernier délit était commis postérieurement à la promulgation de la loi nouvelle ? La Cour de cassation (1) a déclaré qu'il fallait tenir compte des condamnations antérieures à la loi nouvelle ; il suffit que la dernière condamnation soit postérieure à celle-ci. Or, sans doute, la Chambre criminelle indique dans ses motifs que l'aggravation résultant de la récidive constitue un supplément de peine non de la première infraction, mais de la seconde qu'il dépend de l'agent de ne jamais commettre ; qu'ainsi la loi nouvelle peut, sans effet rétroactif, déterminer pour l'avenir les pénalités encourues pour les infractions commises sous son empire. Mais cette conception est-elle bien exacte ? Dans l'absence d'une notion claire et universellement admise de la rétroactivité, il est difficile de se prononcer d'une façon affirmative. Cependant, on ne peut pas contester la valeur des observations critiques présentées au point de vue de la théorie de la rétroactivité par M. Capitant (2). « Si, dit cet auteur, pour appliquer les peines de la petite récidive... on tient compte d'une condamnation antérieure à sa promulgation (à

(1) Ch. Cr., 31 août 1893, D. 96. 1. 138.

(2) *Rev. cr.*, 1891, p. 392.

la promulgation de la loi de 1891), il est certain qu'on aggrave cette condamnation en lui faisant produire un effet qu'elle ne produisait pas au moment où elle a été encourue ». Et il continue : « Il n'y a pas à sortir de là. Il est vrai que c'est surtout la nouvelle condamnation qui entraîne l'aggravation de la peine ; mais cela ne fait rien ; si la nouvelle condamnation est plus rigoureuse, c'est parce qu'elle a été précédée d'une autre qui, au moment où elle a été prononcée, ne comptait pas pour la récidive. » Toute discussion et toute incertitude disparaissent, si l'on admet que les seuls principes régissant le domaine des conflits des lois successives, ce sont le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, consacré par l'article 1 du C. C., et le principe de la légalité des peines proclamé d'une façon assez défectueuse par l'art. 4 du C. P. La solution admise par la Cour de Cassation (1) applique immédiatement, conformément à l'art. 1 du C. C., une loi nouvelle dans une hypothèse où l'art. 1 du C. C. n'entre pas en conflit avec l'art. 4 du C. P., la peine prononcée pour le dernier délit résultant d'une loi antérieure à la perpétration de celui-ci ; c'est donc là une solution pleinement justifiée. Et c'est ainsi que dans ce domaine la conception par nous préconisée à la fois confirme la jurisprudence et trouve en elle un appui.

(1) Une solution analogue a été proclamée expressément par la loi du 27 mai 1885 sur la relégation, art. 9 de cette loi.

CHAPITRE V

Les lois intermédiaires.

SOMMAIRE: 99. Position de la question. — 100. Solution de la pratique. — 101. Pluralité des doctrines tendant à justifier l'application de la loi intermédiaire. — 102. Argument tiré de la théorie des droits acquis. — Rejet. — Transition. — 103. Système de la faveur. — 104. Second système. — Réfutation. — 105. Argument purement juridique. — Réfutation. — 106. Nécessité d'examiner la question au point de vue des considérations législatives et des principes juridiques précédemment établis. — 107. Considérations législatives. — 108. Principes juridiques. — 109. Objection et restriction.

99. — Jusqu'à présent, nous avons supposé qu'il n'y avait en conflit que deux lois successives : la loi du moment de la commission et la loi du jugement. Cette situation sera la plus fréquente, la date de la perpétration du délit et celle du jugement étant normalement assez rapprochées l'une de l'autre et les réformes législatives se succédant, au contraire, avec une certaine lenteur. Mais une situation différente est également possible. Il se peut qu'entre la loi du moment de la commission et la loi du jugement, une loi intermédiaire ait été, pendant un certain temps, en vigueur. Si cette loi intermédiaire était plus rigou-

reuse que l'une ou l'autre des deux lois normalement en conflit, aucune question ne se pose ni ne peut se poser : la loi nouvelle ou ancienne plus douce étant seule compétente, la loi plus sévère se trouvant exclue, la loi intermédiaire encore plus rigoureuse ne peut évidemment exercer sur le sort de l'inculpé aucune action. Mais supposons que c'est justement la loi intermédiaire qui est de toutes les lois en présence la loi la plus douce. Son existence passagère profitera-t-elle ou ne profitera-t-elle pas au délinquant ? La question, résolue d'une façon presque partout uniforme dans la pratique, a été et est encore très vivement discutée en doctrine.

100. — La question, avons-nous dit, est résolue presque partout de la même manière en pratique. En effet, à l'exception du Code norvégien (art. 3, al. 2), qui statue en sens contraire, dans tous les autres pays on résout cette question dans le sens le plus favorable au délinquant. En France, où cependant aucun texte légal n'imposait cette solution, elle fut néanmoins admise par la Cour de Cassation, dès 1813, dans une affaire assez curieuse. Un meurtre avait été commis dans les Etats romains avant leur réunion à l'Empire français, mais ne fut jugé par la Cour spéciale extraordinaire de Rome qu'après la publication dans les Etats romains du Code Pénal de 1810. D'après les anciennes lois du pays, le crime commis encourait la

peine de mort ; d'après le C. P. de 1810, il était passible de la peine de travaux forcés à perpétuité ; d'après le C. P. de 1791, qui avait été entre temps en vigueur, il ne pouvait être puni que de la peine de fers à temps. La Cour spéciale de Rome, sans tenir compte de cette loi intermédiaire, condamna l'accusé aux travaux forcés à perpétuité. Son arrêt fut cassé le 1^{er} octobre 1813 par la section criminelle de la Cour de Cassation (1). Et la solution qui s'est trouvée de la sorte affirmée dès 1813 ne fut depuis lors jamais abandonnée par la jurisprudence (2). Elle est cependant contestée dans la doctrine. Et nous la croyons non seulement contestable, mais même franchement inexacte.

101. — La doctrine française est toutefois unanime à admettre cette solution (3), et lorsque nous disons qu'elle est contestée, nous faisons allusion à la doctrine allemande et italienne. Mais s'il y a en France accord sur la solution à admettre, il n'en est pas de même des arguments qu'on peut faire valoir en sa faveur. En effet, les auteurs qui se donnent la peine

(1) B. n° 211, (pp. 519-523). La même solution avait été admise par la Cour de Cassation, dans une espèce très voisine, déjà le 9 juillet 1813. V. B., n° 154 (pp. 377-380). V. aussi ANNECY, 19 décembre 1860, *Le Droit*, du 6 janvier 1861.

(2) V. GARÇON, *loc. cit.*, n° 40.

(3) Comp. GARÇON, *loc. cit.*

de justifier leur opinion (1) invoquent en sa faveur les considérations les plus diverses et les plus contradictoires.

102. — Cette solution apparaît, notons le tout d'abord, comme une conséquence nécessaire des principes admis dans le système qui reconnaît que le délinquant peut acquérir à l'encontre de la société un droit à telle ou telle peine. La loi intermédiaire plus douce a conféré un droit au délinquant. Ce droit étant pour ce délinquant un droit acquis, il ne peut plus lui être enlevé par une loi postérieure. Raisonnement absolument logique et qui explique comment Ortolan (1) a été nécessairement amené à préconiser la solution en question. Mais l'argument tiré de la théorie des droits acquis ne peut plus être évidemment invoqué dès qu'on rejette cette théorie elle-même. C'est à d'autres procédés de démonstration qu'on doit en conséquence avoir recours si l'on veut actuellement justifier cette solution.

Ces autres procédés sont : soit un argument d'ordre purement législatif : il s'agit là d'une disposition de faveur, manifestation d'un sentiment d'humanité ; — soit un argument qui tient à la fois du domaine des

(1) Car tel n'est pas le cas de tous les auteurs. Certains se contentent d'une pure et simple citation d'arrêts.

(2) *Op. cit.*, n° 588. V. dans le même sens, CH. et HÉLIE, n° 28 (pp. 48-49).

considérations législatives et de celui de la construction juridique : un prévenu ne doit jamais avoir à souffrir des lenteurs de la justice ; — soit un argument de nature purement doctrinale affirmant l'inexistence par rapport à l'hypothèse envisagée de la première des législations envisagées.

103. — L'argument d'humanité est assez souvent invoqué par les auteurs. C'est ainsi que Boitard (1), après avoir indiqué l'hypothèse, déclare : « Eh bien ! alors même il a été décidé, un peu arbitrairement peut-être, mais la *faveur de l'humanité* a paru devoir l'emporter dans cette question, qu'encore bien que la législation pénale la plus dure fût en vigueur à la fois et au moment du fait accompli et au moment du jugement, cependant le bénéfice de la législation intermédiaire... n'en était pas moins acquis à l'auteur du fait »... Villey (2) aussi parle de cette solution comme d'une solution de faveur. Ajoutons encore que d'autres auteurs se sont prononcés dans le même sens à l'étranger.

Cependant c'est là une argumentation dont l'insuffisance est tellement patente, qu'elle a à peine besoin d'être démontrée. Au point de vue législatif, pourquoi devrait-on admettre cette solution de faveur ? La raison

(1) *Op. et loc. cit.*

(2) *VILLEY, op. cit., p. 56.*

d'humanité semble n'être en réalité qu'une raison de faux humanitarisme ; et elle est d'autant moins probante que cette faveur aboutit à créer des situations manifestement injustes. En effet, supposons deux délits identiques commis indépendamment l'un de l'autre et à des époques différentes mais poursuivis en même temps. Le premier délinquant était passible, d'après la loi du moment de la perpétration de l'infraction, d'une peine de 5 années d'emprisonnement, par exemple ; le délit par lui commis n'est punissable que de 3 années de prison, d'après la loi en vigueur au moment du jugement ; le maximum de la peine ne s'élevait qu'à une année d'emprisonnement dans le système d'une loi intermédiaire. Le second délinquant a commis son délit déjà sous l'empire de la troisième législation. Dans la doctrine critiquée, on décidera par faveur pour l'humanité que le premier délinquant, qui, au moment de la perpétration du délit, était menacé d'une peine de 3 années d'emprisonnement, ne pourra être condamné qu'à une année de cette peine ; que le second, au contraire, qui, au moment de la perpétration du délit, était menacé d'une peine moindre, pourra néanmoins être condamné à une peine trois fois plus forte. Il suffit d'énoncer cette hypothèse pour démontrer l'injustice de la solution préconisée.

Le système de la raison d'humanité, insuffisant au point de vue législatif, constitue au point de vue doctrinal, une véritable et franche abdication. C'est une

abdication à peine plus déguisée, lorsque, comme Seeger, on voit dans la solution de la pratique une application du droit de grâce.

104. — La loi intermédiaire plus douce doit être appliquée afin que le délinquant n'ait pas à souffrir des lenteurs de la justice. Si le ministère public avait fait preuve de diligence suffisante, le jugement aurait été rendu sous l'empire de la loi intermédiaire. On ne peut pas faire souffrir le délinquant des conséquences défavorables de ce défaut de diligence. — Cet argument était invoqué accessoirement par Boitard (1). Et Bertauld (2) dit également que « le retard dans le jugement ne saurait préjudicier à l'accusé. Il a eu droit à l'adoucissement de la peine ».

Cet argument peut être considéré comme un argument d'ordre législatif ; car on peut l'expliquer par l'injustice qu'il y aurait à ce que les lenteurs de la justice, non imputables au délinquant, lui nuisent néanmoins ; ou encore, autre considération législative, par le danger qu'il y aurait à permettre au ministère public d'influer sur le sort du délinquant en accélérant ou en retardant les poursuites. On peut y voir également une tentative de construction juridique, car on considère parfois la proposition en question comme un principe

(1) *Loc. cit.*

(2) BERTAULD, *op. cit.*, p. 173.

général dont notre règle ne serait qu'une des déductions particulières. Mais à aucun de ces points de vue cet argument ne peut être pris en considération.

On ne peut lui reconnaître aucune valeur législative. Il n'y a aucune injustice à punir le coupable d'une peine que le législateur considérerait comme adéquate au délit au moment de sa perpétration et qu'il considère comme telle également au moment du jugement ; et il ne faut pas oublier non plus que souvent le retard dans le jugement est imputable au délinquant lui-même. Mais n'y a-t-il pas danger à laisser une pareille latitude au ministère public ? L'argument a une certaine valeur, mais qu'il ne faut pas exagérer. Dès que la peine appliquée n'est pas supérieure à celle à laquelle le délinquant devait s'attendre au moment où il avait commis son délit, il semble que sa liberté est suffisamment protégée.

La proposition en question ne peut pas non plus, croyons-nous, être admise à titre d'argument juridique. C'est, dit-on, un principe de droit général que l'inculpé ne doit jamais souffrir des lenteurs de la justice. Mais ce prétendu principe, aucun texte légal ne le proclame et la raison n'en impose pas l'acceptation. Et si quelques décisions judiciaires l'ont admis, cela ne suffit pas pour lui attribuer une valeur que la loi ne lui accorde pas et que la raison lui refuse.

105. — On invoque en faveur du système de la pra-

tique aussi un argument purement juridique. La loi ancienne, dit-on, s'est trouvée modérée par la loi intermédiaire, qui a détruit vis-à-vis des cas non encore jugés la compétence de cette loi ancienne et qui elle-même est devenue compétente à leur égard. Dès lors, lorsqu'une loi nouvelle plus sévère intervient, il n'y a pas conflit entre trois lois successives, mais seulement entre la loi intermédiaire et la loi nouvelle. On n'a qu'à appliquer à ce conflit le principe général de la compétence de la loi la plus douce pour aboutir à la règle de la compétence exclusive de la loi intermédiaire. Telle est à peu près la conception de Binding (1) qui déclare que « cette application de la loi intermédiaire est tout à fait logique ; car le droit à appliquer une peine plus sévère qui est né par le fait de l'acte incriminé a été adouci par la loi intermédiaire et ne peut aucunement être de nouveau aggravé par la loi nouvelle plus sévère ».

Mais cet argument, malgré son apparence de rigueur juridique, ne peut pas non plus être retenu. Il est impossible de réduire un conflit entre trois lois successives à un conflit entre deux lois. La succession dans le temps de trois lois différentes est, en effet, un fait qu'aucune subtilité juridique ne peut rendre inexistant. Ecarter la première loi, plus sévère que la loi intermédiaire, en la déclarant inexistante par rapport

(1) *Loc. cit.*, p. 235, *in fine*.

au fait envisagé, c'est commettre une véritable *petitio principii* (1). Et le seul moyen de réduire la question du règlement du conflit entre trois lois successives à celle, déjà examinée, du conflit entre deux lois d'inégale rigueur, c'est d'examiner si les mêmes raisons de décider qui ont fait accorder la préférence à la loi plus douce dans ce dernier cas se retrouvent aussi dans l'hypothèse que nous étudions ici.

106. — De deux lois successives, c'est la loi la plus douce qui doit être préférée *au point de vue législatif*, parce que c'est l'application de cette loi qui est conforme au but de la loi pénale et parce que seul ce système assure efficacement la liberté individuelle au cas où c'est la loi nouvelle qui est la plus sévère. *Au point de vue juridique*, cette solution découle de deux principes : du principe de la légalité des peines et de celui renfermé dans l'art. 1 du C. C. S'agissant de trois lois successives, les considérations d'ordre législatif se présentent sous un jour assez différent, et les raisons juridiques conduisent à écarter la loi intermédiaire. Il est facile d'établir ces deux propositions.

107. — Une loi nouvelle plus sévère ne doit pas rétroagir parce que, si l'on en admettait la rétroactivité, il dépendrait du législateur de porter atteinte à la liberté

(1) Cf. entre autres, VON BAR, *loc. cit.*, p. 74.

de telles ou telles personnes individuellement déterminées ; le caractère objectif de la loi n'est garanti que lorsqu'elle statue seulement pour l'avenir. Telle est la première considération d'ordre législatif qui intervient dans la question du règlement du conflit de deux lois pénales successives. Et cette raison écarte dans ce cas l'application d'une loi nouvelle plus sévère que la législation antérieure. Cette raison milite-t-elle en faveur de l'application de la loi intermédiaire ? Nous ne le croyons pas. En effet, seule la loi nouvelle est postérieure au fait incriminé. La première des lois en conflit menaçait le délinquant déjà au moment de la perpétration de l'infraction et en conséquence ne pouvait pas, étant antérieure à l'infraction, avoir été édictée contre ce délinquant concret. Et dès lors, la raison du droit public tirée de la protection de la liberté individuelle n'aboutit, en matière de conflit entre trois lois successives, qu'à une seule conséquence : une troisième loi plus sévère que la première, et non pas seulement que la loi intermédiaire, ne doit pas régir les faits accomplis sous l'empire de cette première loi plus douce. Cette raison ne permet d'aucune façon de proclamer la compétence de la loi intermédiaire.

De deux lois successives, c'est la loi la plus douce qui doit régir les faits, accomplis sous l'empire de l'une de ces lois et jugés sous l'empire de l'autre, encore pour cette raison que cette solution est la seule conforme au but de la loi pénale. En effet, si c'est la

loi nouvelle qui est des deux la plus douce, cela prouve que le législateur actuel considère toute la peine ou le surplus de peine comme inutile (ou comme injuste). Si c'est au contraire la loi ancienne qui est la moins rigoureuse, inutile d'appliquer la loi nouvelle dans le but d'intimider efficacement le délinquant (car rien ne prouve que la peine encourue accompagnée de la menace seule de la peine nouvelle ne suffira pas pour atteindre ce but) ; il n'y a pas nécessité non plus de l'appliquer dans un but d'exemplarité, car le temps étant irréversible et l'impunité (absolue ou relative) résultant de la perpétration du fait dans le passé, cette impunité ne pourra pas servir d'encouragement aux délinquants futurs. Ces différentes raisons militent-elles également en faveur de l'application de la loi intermédiaire plus douce que la première et que la dernière ? Sauf en partie la dernière, aucunement.

La peine elle-même ou le surplus de peine constituant la différence de rigueur entre la troisième loi et la loi intermédiaire ne peuvent pas être considérés comme inutiles (ou injustes), car c'est justement la dernière loi, toujours présumée la meilleure, qui a établi ou rétabli cette peine ou ce surplus de peine. Mais cette peine ou ce surplus de peine ne sont-ils pas inutiles précisément par rapport aux hypothèses intermédiaires dont il s'agit ? En ce qui concerne l'intimidation, le but de la loi exclut l'application de la loi intermédiaire, car le fait délictueux ayant été per-

pétre sous l'empire d'une loi plus sévère, il est manifeste que la menace contenue dans la loi intermédiaire est insuffisante pour contrebalancer les mauvais instincts du délinquant. Donc, en ce qui concerne l'intimidation, le but de la loi exige, semble-t-il, la compétence de la première ou de la troisième des lois en présence. La question est plus délicate en ce qui concerne l'exemplarité. En effet, dans le cas de la pluralité de lois successives, comme dans celui de leur dualité, l'irréversibilité du temps s'oppose à ce que les délinquants futurs puissent escompter l'impunité absolue ou relative des délinquants anciens, impunité qui était due à l'existence de la loi intermédiaire abrogée. Toutefois, une peine plus sévère étant toujours plus exemplaire qu'une peine moins rigoureuse, il est manifeste que l'application, de préférence à la loi intermédiaire, de la première ou de la troisième des lois en conflit, loin d'aller à l'encontre de ce second but de la loi pénale, lui donnera pleine et entière satisfaction.

Ces différents raisonnements aboutissent tous à cette conclusion : au point de vue législatif, il est préférable de ne tenir aucun compte de la loi intermédiaire. S'agissant de trois lois successives, on doit faire abstraction de la deuxième de ces lois et appliquer seulement, conformément aux principes généraux de la matière, l'une des deux autres, notamment la plus douce,

108. — Cette conclusion, que recommandent les considérations d'ordre législatif, découle également des principes juridiques de la matière. Le principe en droit pénal, c'est l'application immédiate, conformément à la règle de l'art. 1 du C. C., de la loi nouvelle. Lorsque cette loi nouvelle est plus sévère que la loi du moment de la commission, ce principe souffre exception parce que, appliquer dans ce cas la loi nouvelle, ce serait aller à l'encontre du principe *nulla poena sine lege praevia*.

A quels résultats aboutit le jeu des principes rappelés en présence de trois (ou d'un plus grand nombre) de lois successives? Le principe de l'application immédiate de toute loi nouvelle conduit à reconnaître la compétence de la troisième, c'est-à-dire de la dernière des lois en présence. Et comme, dans le cas où c'est seulement la loi intermédiaire qui a aboli ou modéré la peine, on ne peut pas dire qu'en appliquant la loi nouvelle on applique une peine *sine lege praevia*, il semble bien en résulter qu'on doit complètement laisser de côté la loi intermédiaire.

109. — Les considérations législatives et les principes juridiques réclament également qu'en présence de trois (ou d'un plus grand nombre) de lois successives, on ne tienne compte que de la première et de la dernière de ces lois. En droit français, aucun texte ne s'oppose à l'adoption de cette solution rationnelle.

Toutefois, il faut bien avouer que dans certaines hypothèses exceptionnelles elle aboutit à des conséquences qui semblent choquantes. Ainsi supposons qu'une première et une dernière loi punissent un crime de la peine de mort, mais qu'une peine moins grave ait été prononcée par une loi intermédiaire. N'y aurait-il pas quelque cruauté à punir quand même de la peine de mort un homme à qui la loi elle-même a donné l'espoir de conserver sa vie ? Nous comprenons fort bien qu'on hésite devant un pareil acte. Mais, pour ne pas choquer dans ce cas le sentiment d'humanité, il n'y a nul besoin d'écarter le système rationnel indiqué ; il suffira de savoir user à propos du droit de grâce.

DEUXIÈME PARTIE

Les applications

SOMMAIRE: 110. Questions nécessitant examen.

110. — Nous avons vu dans la première partie de ce travail qu'en matière de lois d'incrimination et de pénalité, le principe c'était l'application immédiate de la loi nouvelle, que toutefois ce principe souffrait exception lorsque la loi ancienne (loi du moment de la commission du fait incriminé) était plus douce que la loi nouvelle. L'application de ce principe à des espèces concrètes rentre essentiellement dans les attributions de la pratique. Toutefois, certains problèmes généraux de par leur nature et demandant en conséquence un examen scientifique se posent dans ce domaine.

De deux lois successives, laquelle doit être considérée comme la plus douce ? Les principes établis ne souffrent-ils aucune exception, et si une exception ou des exceptions existent, quelle est cette exception ou ces

exceptions ? Jusqu'à quel moment les faits accomplis sous l'empire d'une loi ancienne peuvent-ils néanmoins tomber sous l'empire d'une loi postérieure ? Détermination de la loi la plus douce. Exceptions, prétendues ou réelles, aux principes établis. Détermination du moment à partir duquel les faits anciens échappent à l'emprise d'une loi nouvelle plus douce, manifestement si un pareil moment existe. Telles sont donc les trois catégories de questions qui doivent être ici examinées.

CHAPITRE VI

Détermination de la loi la plus douce.

SOMMAIRE: 111. Caractère général de la difficulté. — Ses deux formes.

111. — La question de la détermination du degré de gravité respective de deux peines est une question qui ne se pose pas rien que dans le domaine du conflit des lois dans le temps. D'une portée bien plus générale, elle se présente, ou peut également se présenter, à l'occasion de certains autres problèmes. Ainsi dans un système de récidive qui tiendrait compte des condamnations prononcées à l'étranger, tout en n'attachant l'aggravation résultant de la récidive qu'à des condamnations à des peines d'une certaine gravité ou en faisant varier cette aggravation en fonction de la gravité des peines, cette question se poserait d'une façon absolument pressante. Et si du domaine du droit possible nous revenons à l'examen du droit existant, nous retrouvons notre question déjà actuellement dans le domaine du droit pénal international, notamment en ma-

tière d'extradition, et en droit interne au sujet de la règle du non-cumul des peines. Or, cette question, surtout en droit international et dans le cas de différences profondes entre les législations en présence, est à tel point délicate, qu'on la considère parfois comme insoluble. Comment en effet pourrait-on, par exemple, traduire en peines françaises les peines anglaises établies suivant un système tout à fait différent? — Dans le domaine du conflit dans le temps des lois pénales, des difficultés tout aussi grandes peuvent se produire lorsqu'il y a non pas réforme législative partielle, mais changement complet de la législation ou tout au moins du système des peines. Pratiquement, toutefois, la question ne se posera sans doute jamais dans ces termes : le législateur, prévoyant l'impossibilité d'une évaluation doctrinale, fixera lui-même par voie d'autorité la valeur respective des peines de l'ancien et du nouveau système. Aussi n'est-ce pas l'étude de la difficulté générale indiquée qui formera l'objet de ce chapitre. Nous ne nous placerons que dans l'hypothèse de deux peines (ou législations pénales) successives faisant rationnellement partie d'un seul et même système pénal et en conséquence plus facilement comparables. Nous examinerons tout particulièrement les difficultés qui naissent sur le terrain de la législation française contemporaine.

Le problème se pose dans des termes différents et met en jeu des principes de solution qui ne sont pas

les mêmes suivant que l'on se trouve en présence de deux lois dont l'une est sous tous les rapports plus sévère ou plus douce que l'autre ; ou suivant que, les lois étant plus complexes, chacune d'elles apparaît, par rapport à l'autre, tout au moins à première vue, à la fois comme plus rigoureuse et comme plus douce. Dans le second de ces cas, les difficultés de solution sont évidemment bien plus grandes que dans le premier.

SECTION PREMIÈRE

Lois exclusivement plus douces ou plus rigoureuses.

SOMMAIRE: 112. Lois abrogeant une incrimination ou modifiant les éléments constitutifs d'un délit. — 113. Lois influant indirectement sur la peine. — Circonstances atténuantes, aggravantes, excuses. — 114. Lois modifiant directement la peine. — Principe. — Appréciation objective. — 115. Suite. — Changement dans la nature de la peine, etc. — 116. Autres changements de détail.

112. — Le plus radical de tous les adoucissements d'une peine, c'est évidemment la suppression de toute peine. Aussi, lorsqu'une loi nouvelle abolit une incrimination ancienne ou introduit une incrimination nouvelle, cette loi plus récente est manifestement plus douce ou plus rigoureuse que la loi antérieure, et aucun doute ne peut en conséquence s'élever sur la nécessité ou sur l'impossibilité de son application immédiate. Mais l'abrogation totale d'une loi pénale n'est pas le seul procédé qui permette de supprimer le caractère

délictueux d'un fait. Le même résultat peut être obtenu par une modification dans les éléments constitutifs d'un délit. Lorsqu'on ajoute une nouvelle condition aux conditions anciennes, on adoucit le système légal antérieur ; lorsqu'on supprime totalement on élargit (c'est-à-dire supprime partiellement) une ancienne condition, on aggrave le système légal, car on rend punissables des faits qui antérieurement ne l'étaient pas. C'est ainsi que la loi du 13 mai 1863 qui a ajouté à l'alinéa 1 de l'art. 480 du C. P. les mots : de nantissement, de prêt à usage, a manifestement aggravé ce texte pénal en étendant le domaine de l'abus de confiance punissable, d'où impossibilité certaine d'appliquer cette loi nouvelle à des faits antérieurs à sa promulgation. Même observation en ce qui concerne les lois introduisant ou supprimant une cause d'irresponsabilité ou une excuse absolutoire. La loi du 22 juillet 1912, art. 1, premier alinéa, est manifestement une loi en principe immédiatement applicable, que l'on considère d'ailleurs la minorité de 13 ans comme une cause d'irresponsabilité ou comme une excuse absolutoire.

113. — Dans tous les cas signalés au numéro précédent, aucun doute n'est possible et les solutions indiquées sont admises unanimement dans la jurisprudence et la doctrine. Il en va de même de certaines lois influant indirectement sur la peine, telles des lois introduisant ou supprimant des circonstances atténuantes

ou aggravantes ou des excuses atténuantes. Ainsi la loi de 1832 généralisant le système des circonstances atténuantes a été sans la moindre difficulté appliquée immédiatement par les tribunaux. Là encore nous nous trouvons dans un domaine qui échappe nécessairement à toute controverse.

114. — Il n'en est pas de même de toutes les lois modifiant directement les peines sanctionnant les infractions. Supposons une loi qui remplace une peine de réclusion par un emprisonnement d'une durée plus longue que ne l'était la réclusion. Si l'on envisage le problème au point de vue des commodités personnelles du délinquant, comme le régime de ces peines est à peu près le même, on peut soutenir que la loi nouvelle est plus rigoureuse que l'ancienne et que, en conséquence, elle ne doit pas rétroagir. Le tribunal pourrait-il, sur la demande de l'intéressé, statuer dans ce sens? L'affirmative, qui a été parfois préconisée par certains auteurs étrangers, doit être résolument repoussée. On doit tenir compte non de l'appréciation individuelle des délinquants, mais de la valeur légale des peines.

Sans doute, si la règle de l'application de la loi la plus douce était une disposition de faveur s'inspirant de l'intérêt des délinquants, le système de la détermination de la gravité des peines par l'appréciation individuelle des délinquants pourrait se soutenir. On veut

accorder une faveur aux délinquants. Nul n'est, semble-t-il, aussi bon juge de l'intérêt d'une personne que cette personne elle-même. D'où cette conséquence : il sera loisible aux délinquants de choisir entre la peine ancienne et la peine nouvelle. Mais sans parler déjà de tous ses inconvénients pratiques, ce système est contraire aux principes mêmes de la matière. La règle de l'application de la loi la plus douce se justifie, comme nous l'avons vu ci-dessus, par des considérations de droit public et de politique juridique. Les considérations de droit public (protection due à la liberté individuelle) ne s'opposent sans doute pas au système de l'évaluation individuelle. Quelle meilleure garantie de la liberté peut-on en effet souhaiter que le choix de la peine par le délinquant lui-même ? Mais il n'en va pas de même des raisons de politique pénale proprement dite. Le législateur attribue la compétence à la loi la plus douce à raison de la valeur suffisante d'intimidation et d'exemplarité qu'il lui reconnaît, à raison de l'inutilité ou de l'injustice de l'application de la loi *à son point de vue* la plus rigoureuse. Si le juge appliquait néanmoins la loi la plus sévère selon l'évaluation du législateur comme étant en réalité la plus douce, il irait à l'encontre des buts du législateur et donnerait un démenti à ses appréciations. Toutes choses contraires au principe de la séparation des pouvoirs.

115. — Ainsi, dans les comparaisons du degré de

rigueur des peines, il faut tenir en premier lieu compte de l'opinion du législateur. Ce principe empêche la naissance de toute difficulté dans les cas où les peines prononcées par les lois en conflit sont de nature différente ou même lorsqu'elles sont de même nature, mais que l'une d'elles est d'un degré supérieur dans l'échelle des peines à l'autre. Une peine criminelle est, par définition, plus sévère qu'une peine correctionnelle, qui, à son tour, est plus rigoureuse qu'une peine de simple police. S'agissant de différentes peines appartenant à l'une ou à l'autre de ces catégories, il faut suivre la gradation du C. P., art. 7, 8 et 9 (1). Les peines de droit commun et les peines politiques faisant dans une certaine mesure partie d'une seule et même échelle, le même principe les régit dans leurs rapports mutuels (2).

Tous ces points sont pour ainsi dire unanimement admis en doctrine et en jurisprudence. Nous ne citons qu'à titre d'exemple une décision rendue le 26 juillet 1811 par la section criminelle de la Cour de Cassation. Il s'agissait dans l'espèce d'un pourvoi contre un arrêt

(1) Cf. GARÇON, *loc. cit.*, n° 57 et suiv. et autorités et arrêts cités. Une difficulté particulière naît de ce fait que la déportation dans une enceinte fortifiée, établie seulement en 1850, ne figure pas dans l'énumération des art. 7, 8 et 9. On décide en général qu'elle doit être classée immédiatement après la peine des travaux forcés à perpétuité. Cf. GARÇON, *loc. cit.*, n° 64.

(2) Cf. GARRAUD, *loc. cit.*, pp. 325-326; Paris, 7 juin 1851, D. 52. 2. 81.

qui avait condamné un certain Renotte à 2 années de détention. Cette condamnation avait été prononcée en vertu du C. P. de 1791. Le nouveau C. P. punissait le même fait d'un emprisonnement de 2 à 5 ans. Pourvoi de Renotte. La Cour de Cassation admit ce pourvoi, en déclarant que : « dans le concours d'une peine infamante et d'une peine correctionnelle, cette dernière était évidemment celle qui devait être appliquée » (1).

Applicable à toutes les peines, la règle de l'évaluation objective l'est nécessairement aussi à la peine de l'amende. L'amende correctionnelle est une peine plus grave qu'un emprisonnement de simple police. Ce principe a été parfois, mais à tort, contesté.

116. — La solution est tout aussi certaine dans certaines autres hypothèses. Supposons qu'une peine de deux années d'emprisonnement soit remplacée par une peine, d'emprisonnement également, mais d'une durée de cinq ans. La seconde de ces peines est incontestablement plus sévère que la première. Dans tous les cas où la nature de la peine n'est pas modifiée, c'est évidemment à sa durée, si c'est une peine privative de liberté, ou à son taux, si c'est une peine pécuniaire, qu'il faut s'attacher pour apprécier son degré de rigueur.

(1) B., n° 206 (p. 216).

Est aussi incontestablement une loi de rigueur une loi qui élève à la fois le maximum et le minimum d'une peine. Au contraire, une législation dans laquelle la peine principale restant la même une peine complémentaire se trouve supprimée est assurément plus douce que la législation antérieure.

SECTION DEUXIÈME

Changements en partie favorables, en partie défavorables.

SOMMAIRE: 117. Hypothèses possibles. — Hypothèse particulièrement étudiée par les criminalistes français. — Plan. — 118. Système de la combinaison des deux lois. — 119. Critique de ce système. — 120. Les différents systèmes objectifs. — 121. Le système de Hélie. — Critique. — 122. Le premier système de Le Sellyer. — 123. Critique. — 124. Généralités sur le système du maximum. — 125. Conception développée par M. Garçon. — Début de la réfutation. — 126. Suite. — Objections juridiques. — 127. Suite. — Objections d'ordre législatif. — 128. Dernière objection. — 129. Critique de la méthode objective communément employée. — 130. Système de l'appréciation *in concreto*. — 131. Suite. — Auteurs ayant préconisé ce système. — 132. Hypothèses autres que celle d'une modification du maximum et du minimum de la peine. — 133. Jurisprudence. — Généralités. — 134. Examen des décisions invoquées en faveur du système du maximum. — 135. Décisions favorables au système de l'appréciation *in concreto*.

117. — Une loi nouvelle peut être à la fois plus rigoureuse que la loi ancienne sous certains rapports et plus douce que cette loi sous d'autres. Cette éventualité peut se réaliser en somme dans tous les cas où la loi ancienne et la loi nouvelle, ou l'une des deux seulement, sont des lois complexes qui ne se contentent pas d'établir pour tel ou tel délit une peine fixe, mais accordent aux juges une certaine latitude, — soit par la fixa-

tion d'un maximum et d'un minimum, soit par l'institution des circonstances aggravantes ou atténuantes, soit par l'admission ou l'exclusion d'une excuse absolutoire ou atténuante, soit enfin dans telles autres hypothèses actuellement prévisibles ou même imprévisibles. Dans tous les cas où, par suite d'une pareille complexité de la législation, une nouvelle loi apparaît à la fois comme plus rigoureuse et comme plus douce que la loi ancienne, la question de savoir laquelle de ces deux lois doit être appliquée aux délits commis sous l'empire de l'ancienne législation mais jugés sous celui de la nouvelle se pose ou peut tout au moins se poser. Et c'est là une question délicate. En Allemagne, elle a été discutée par les auteurs et résolue par la jurisprudence sous sa forme générale. En France, elle a été examinée surtout dans l'une de ses formes de manifestation spéciales, forme, il est vrai, d'une fréquence et d'une importance particulières. On suppose une loi nouvelle qui modifie la peine ancienne, en l'en élevant (ou abaissant) le maximum et en l'en abaissant (ou élevant) en même temps le minimum ; la peine étant toujours l'emprisonnement, la loi nouvelle élève par exemple le maximum de cinq à dix ans et abaisse le minimum de trois à un an. La loi nouvelle est plus favorable que la loi ancienne, en tant qu'elle abaisse le minimum (ou le maximum) ; elle est plus rigoureuse, en tant qu'elle élève le maximum (ou le minimum). Laquelle des deux lois en présence devra être, dans une pareille hypothèse, ap-

pliquée ? Cette question, incontestablement des plus délicates, a provoqué l'éclosion de systèmes assez nombreux.

En nous conformant à la tradition de la doctrine française, nous examinerons le problème et établirons les principes tout d'abord par rapport à la question spéciale des lois modifiant le maximum et le minimum d'une peine. Ce sera ensuite chose aisée que d'étendre la solution ainsi obtenue à toutes les hypothèses des lois à la fois favorables et défavorables.

118. — La loi ancienne établissait un minimum de 3 années d'emprisonnement et un maximum de 5 ans. La loi nouvelle a abaissé le minimum jusqu'à 2 ans et élevé le maximum jusqu'à 10. Les principes régissant l'empire dans le temps des lois pénales veulent que le changement législatif ne nuise pas au délinquant intérimaire, mais qu'il puisse lui profiter. Appliquer la loi ancienne, c'est, semble-t-il, faire montre de rigueur vis-à-vis du délinquant dans la mesure où il aurait pu profiter du minimum nouveau. Appliquer la loi nouvelle, ce n'est pas adoucir, mais aggraver son sort dans la mesure où on l'expose au risque de se voir infliger le maximum. Comment sortir de ce dilemme ? Un procédé se présente tout naturellement à l'esprit. On va combiner la loi ancienne et la loi nouvelle, en considérant comme maximum le maximum ancien et prenant pour minimum le minimum nouveau. Cette solution, le bon sens semble l'approuver. Un jurisconsulte émi-

nent l'a défendue. Voici en effet ce que nous lisons dans Blanche (1) : « Quel parti prendre ? Il me semble que le juge devrait nécessairement arriver à une sorte de combinaison de deux lois ; il devrait, selon moi, appliquer la loi dont le minimum serait le moins élevé, sans pouvoir dans l'application de cette loi excéder le maximum de l'autre... » Autrement, argumente cet auteur, on violerait soit la règle de la non-rétroactivité de la loi, en tant qu'on refuserait de tenir compte du minimum (ou du maximum) plus favorable de la loi ancienne ; soit la règle de l'application immédiate des dispositions légales plus favorables à l'accusé, en tant qu'on considérerait comme nécessairement non applicable le maximum (ou le minimum) abaissé de la loi nouvelle.

119. — Tel est le système de Blanche. Il peut, nous l'avons déjà indiqué, invoquer en sa faveur cette considération de bon sens qu'il est bizarre de considérer comme plus douce soit la loi qui élève le minimum en abaissant le maximum, lorsque c'est précisément ce minimum qui aurait été peut-être appliqué dans l'espèce, soit la loi qui abaisse le minimum, en élevant le maximum, lorsque c'est peut-être à ce maximum nouveau que le délinquant sera condamné. Et c'est là un argument puissant en faveur de ce système. Mais des

(1) *BLANCHE, loc. cit.*, n° 33 (p. 56). V. dans le même sens *Dalloz*, 1833, I, p. 162.

raisons juridiques majeures s'opposent néanmoins à son adoption. A quoi aboutit, en effet, le système de Blanche ? A la création par le juge d'une troisième loi, différente de la loi ancienne et de la loi nouvelle et formée du minimum de l'une et du maximum de l'autre. Or, le rôle du juge, c'est d'appliquer les lois ; ce n'est pas d'en rédiger des nouvelles, même à l'aide des éléments puisés dans les dispositions du législateur. Agir autrement, c'est pour le juge sortir de sa sphère d'activité légitime et violer le principe de la séparation des pouvoirs.

120. — Aussi le système de la combinaison des deux lois est-il rejeté et condamné par la presque totalité de la doctrine. Le juge devra appliquer la loi ancienne ou la loi nouvelle ; il ne pourra pas les combiner. Et pour savoir laquelle de ces deux lois devra prévaloir sur l'autre, la majorité des criminalistes français et un nombre notable de criminalistes allemands considèrent qu'il faut comparer l'une avec l'autre les deux législations en présence abstraction faite de toute hypothèse concrète, et qu'on peut arriver de la sorte à une solution générale, toujours applicable. Quelle sera cette solution ? Il peut sembler à première vue qu'il n'y ait à cette question que deux réponses possibles. La loi la plus douce c'est celle, quel que soit son maximum, qui a le minimum le plus bas. La loi la plus douce, c'est celle, quel que soit son minimum, qui a le maxi-

mum le plus atténué. Cependant, de ces deux systèmes concevables, le premier n'a jamais été, à notre connaissance tout au moins, sérieusement soutenu. Et, au contraire, deux autres systèmes, qui d'ailleurs ont fini tous les deux par être rejetés, ont été préconisés par des auteurs considérables ; l'un par MM. Chauveau et Hélie (1), l'autre par Le Sellyer dans la première édition de son *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*.

121. — En ce qui concerne le système de Chauveau et Hélie, il nous suffira de l'exposer, sa critique ayant déjà été faite d'avance. On doit, dit cet auteur, prendre tout d'abord pour base de rapprochement, non pas tant le taux de la peine, que le caractère que les lois en présence attribuent à l'infraction. Si l'une des deux lois la considère comme un délit correctionnel, l'autre comme une simple contravention, la seconde est plus douce que la première. Mais bien souvent les deux lois successives attribuent au fait délictueux le même caractère de crime, de délit ou de contravention. Quelle sera la règle à suivre dans ces hypothèses ? Nos auteurs répondent : on doit reconnaître dans ces cas au prévenu une faculté d'option ; il aura à désigner la loi suivant laquelle il veut être jugé.

Ce système, avons-nous dit, ne peut pas être admis,

(1) CHAUXEAU et HÉLIE, *loc. cit.*, n° 29 (p. 52).

et cela pour des raisons déjà précédemment indiquées. En effet, comme nous l'avons constaté ci-dessus, des objections graves s'opposent à ce qu'on reconnaisse au prévenu un droit général de choisir entre les deux lois en présence (1). Et ces raisons générales ne perdent rien de leur force dans l'hypothèse particulière que nous examinons maintenant.

122. — Le système imaginé et pendant un certain temps défendu par Le Sellyer peut à première vue sembler plus adéquat au but à atteindre. Pour savoir laquelle des deux lois, une loi ancienne qui établissait un certain minimum et un certain maximum, ou une loi nouvelle qui, par exemple, élève le minimum et abaisse le maximum, est la plus douce, il faut comparer les proportions de l'élévation (ou de l'abaissement) du minimum et de l'abaissement (ou de l'élévation) du maximum. La loi la plus douce c'est celle dans laquelle l'élévation ou l'abaissement favorables au prévenu sont supérieurs à l'abaissement ou à l'élévation à lui défavorables.

Précisons ce système par un exemple. Un crime est passible de 10 à 11 ans de travaux forcés. Une loi nouvelle intervient qui réduit le minimum de la peine à 5 années et élève le maximum à 12. Le minimum est abaissé de 5 ans, c'est-à-dire de la moitié de son taux

(1) V. *suprà*, n° 114.

primitif. le maximum est élevé d'une année, c'est-à-dire d'un onzième. Dans le système examiné, la nouvelle loi doit être considérée comme plus douce que l'ancienne et doit, en conséquence, être toujours appliquée de préférence à celle-ci.

123. — Tel est le système de Le Sellyer. Il a ce grand avantage qu'il semble permettre de comparer objectivement au point de vue de leur degré de rigueur deux lois successives dont chacune est sous certains rapports plus douce et sous d'autres plus sévère que l'autre. Mais il présente aussi de sérieux inconvénients.

Tout d'abord, son procédé mathématique prête à difficultés et incertitude. Faut-il tenir compte du chiffre absolu de l'abaissement ou du relèvement du maximum ou du minimum ? Ou faut-il, au contraire, comparer la proportion de l'abaissement et du relèvement ? Il est permis d'hésiter entre les deux interprétations. En second lieu, ce système ne donne aucune solution pour le cas où, par exemple, le maximum se trouve tout aussi abaissé que le minimum est élevé : à une peine fixe de 10 ans de travaux forcés une loi nouvelle substitue une peine pouvant varier entre le maximum de 15 ans et le minimum de 5. Enfin, et surtout, ce système se heurte à la considération de sens commun qui fait justement la force de la conception de Blanche. Comment ! Un individu a commis un crime que, dans le premier état de la législation, les juges auraient puni

du maximum de la peine, c'est-à-dire dans le premier exemple cité de 11 années de travaux forcés. Et à raison de ce qu'une loi nouvelle réduit le minimum de 5 années, donc de moitié, et n'augmente le maximum que d'une année, c'est-à-dire d'un onzième, l'accusé pourra être condamné à 12 années de travaux forcés, et cela par application de cette règle qu'il doit pouvoir profiter d'une nouvelle législation plus douce que l'ancienne ! Il y aurait trop de cruelle ironie dans une pareille assertion pour qu'on puisse prendre au sérieux une théorie dont elle est cependant une conséquence nécessaire.

124. — Aussi Le Sellyer ne s'en tint-il pas à sa première conception et adopta dans la 2^e édition de son *Traité de la Criminalité, de la Pénalité et de la Responsabilité* une opinion différente, que nous aurons plus loin l'occasion d'exposer. Et c'est également à un système différent qu'adhérèrent la majorité des criminalistes français et un nombre notable des criminalistes allemands. Ce système, c'est celui qui ne tient compte dans la comparaison que des *maximums* des lois en conflit. De la loi nouvelle ou de la loi ancienne, c'est celle qui fixe le maximum le moins élevé qui est considérée dans ce système comme la plus douce. En France, ce système était déjà admis par Morin (1). Il a été également en-

(1) *Rép.*, v^o *Effet rétr.*, n^o 7.

seigné par Bertauld (1) qui disait, à l'appui de sa conception : « Toutefois, je crois que l'élévation du *minimum* ne blesse pas un droit acquis, puisqu'au moment de l'infraction, l'agent n'a pu compter que le juge userait de la faculté d'abaisser la peine jusqu'à sa dernière limite ; que l'élévation du *maximum* pourrait seule être considérée comme l'atteinte à un droit, à raison de la faculté qu'elle donnerait d'excéder l'ancienne mesure assignée au châtiment ». Et à l'heure actuelle, ce même système est professé par M. Laborde (2), qui le rattache à la théorie des droits acquis, par M. Degois (3), par M. Garraud (4), par M. Gargon (5). Mais, malgré le nombre et l'autorité de ses partisans, cette conception ne nous paraît pas devoir être admise.

C'est dans le C. P. de M. Gargon (6) que les arguments qu'on peut invoquer en faveur de ce système ont été exposés avec le plus de vigueur. C'est donc là que nous irons les chercher.

125. — En vérité, ce n'est que par prétérition et en

(1) *Op. cit.*, p. 173.

(2) « Le prévenu, en effet, n'a jamais un droit acquis à l'indulgence du juge ; tout ce qu'il peut exiger, c'est qu'on ne dépasse pas le maximum » ; *loc. cit.*, n° 66.

(3) DEGOIS, *op. cit.*, n° 137, p. 89.

(4) GARRAUD, *op. et loc. cit.*, n° 156.

(5) GARÇON, *op. et loc. cit.*, nos 57-75.

(6) Toutefois en exposant ce système M. Garçon n'a pas voulu prendre parti dans la controverse, mais simplement expliquer la solution généralement admise.

plaçant l'examen de la difficulté sous le titre : *Qu'est-ce qu'une peine plus sévère ou plus douce* que M. Garçon affirme qu'une loi qui abaisse le maximum mais élève le minimum est une loi plus douce que la loi ancienne, et que, au contraire, la loi qui élève le maximum, mais abaisse le minimum est une loi aggravant la législation antérieure. Dans le corps même de son argumentation, M. Garçon ne recherche plus laquelle des deux lois en présence est la plus douce, mais tranche directement la question de la loi compétence par un appel aux principes de la matière. Quelle est la raison qui explique la règle de l'art. 4 du C. P. ? C'est, répond M. Garçon (1), que « le coupable ne peut être frappé d'une peine qu'il ne pouvait prévoir, au moment où il a commis le fait, ou d'une peine abrogée au jour du jugement. Or, la loi nouvelle qui abaisse le maximum et élève le minimum abroge immédiatement l'ancienne loi, le juge ne pourrait donc plus prononcer l'ancien maximum ; mais il ne peut descendre au-dessous du nouveau minimum. Et, en prononçant la peine dans les limites nouvelles, il ne viole pas le principe : nulle peine sans texte, puisque cette peine pouvait être prononcée en vertu de l'ancienne loi et que le délinquant savait, au moment où il a commis le délit, qu'elle pouvait lui être appliquée ».

Ainsi la raison juridique de la nécessité de ne tenir

(1) *Loc. cit.*, n° 70.

compte que du maximum, c'est, d'une part, que l'art. 4 du C. P. ne met pas obstacle à ce qu'une loi nouvelle élève le minimum, et c'est, d'autre part, cette considération législative que la raison de la règle de la non-rétroactivité c'est la nécessité de ne pas appliquer à un délinquant une peine qui ne le menaçait pas au moment de la perpétration de l'infraction. On peut donc forcément tirer de cette conception la conclusion suivante, que M. Garçon formule lui-même : « Dans ses dernières conséquences, le système que nous proposons conduit à décider qu'on doit immédiatement appliquer une loi qui élève le minimum seul. Le délinquant est frappé d'une peine qui le menaçait quand il a commis le fait ». Mais n'y a-t-il pas quelque chose de paradoxal dans ce fait que, dans une recherche où l'on avait pour point de départ la règle de l'application de celle de deux lois successives qui apparaît comme la plus douce, on aboutit à déclarer immédiatement applicable une loi qui ne contient aucune disposition favorable à l'inculpé, puisqu'elle n'abaisse même pas le maximum, et qui contient nécessairement une disposition de rigueur, puisque, par définition, elle élève le minimum ? Il ne semble pas qu'on puisse hésiter sur la réponse à faire à cette question. Et c'est déjà là une grave objection contre le système examiné.

Un examen attentif des bases mêmes de ce système permet, mais non sans effort sans doute, d'en démontrer le peu de solidité. Il n'est pas exact, en effet,

croyons-nous, que la conception en question découle des principes de la matière. Et les considérations législatives, loin de l'appuyer, l'infirmement.

126. — Cette conception ne découle pas des principes de la matière. Sans doute, le seul texte qui mette obstacle à l'application immédiate des lois nouvelles, c'est l'art. 4 du C. P. qui proclame la règle *nulla poena sine lege*. Mais peut-on dire, comme on est obligé de le faire dans le système du maximum, que cette règle s'oppose seulement à l'application d'une peine nouvelle imprévisible sous l'empire de la loi ancienne? Ne doit-on pas plutôt affirmer qu'elle s'oppose d'une façon générale à toute application d'une loi nouvelle plus rigoureuse que la loi ancienne? Il est permis de préférer cette seconde interprétation. Or, s'il en est ainsi, c'est résoudre la question par la question que de faire appel à l'art. 4 du C. P. pour savoir si une loi qui n'augmente pas ou diminue le maximum ancien est ou n'est pas plus sévère que la loi ancienne dont elle élève le minimum.

Une autre objection est non moins importante. Même si l'art. 4 devait être interprété dans ce sens qu'il s'oppose seulement à l'application d'une peine plus rigoureuse que celles prévues par l'ancienne législation, on ne pourrait tout de même pas édifier sur cette base le système du maximum. Sans doute, s'il en était ainsi, on comprendrait fort bien l'application

immédiate d'une loi nouvelle qui abaisse le maximum et élève le minimum. Mais comment devrait-on régler le conflit lorsque la loi nouvelle abaisse le minimum et élève le maximum ? — Le principe c'est l'application immédiate de toute loi nouvelle. Ce principe ne souffre d'exception qu'en cas où l'on veut prononcer une peine plus sévère que celle prévue par la législation ancienne. Le juge pourra donc condamner le délinquant au minimum nouveau, car, ce faisant, il n'infligera pas à l'accusé une peine plus sévère que celle dont il était passible dans l'ancien état de la législation et ne violera en conséquence pas l'art. 4 du C. P. (tel que M. Garçon l'interprète lorsqu'il veut fonder sur ce texte la théorie que nous combattons). Mais cependant, si l'on ne doit tenir compte que des changements du maximum, c'est la loi ancienne qui devrait l'emporter dans ce cas sur la loi nouvelle. Et ainsi les prémisses mêmes dont on veut déduire la théorie du maximum conduisent au rejet de cette théorie.

127. — Nous venons de voir que le système de la majorité de la doctrine française ne découle pas des principes de la matière. Nous avons dit, en outre, que les considérations d'ordre législatif, loin de le confirmer, l'infirmement. La démonstration de cette dernière proposition ne présente pas de difficultés.

Dès qu'on n'élève pas le maximum, dit-on dans le système critiqué, on n'inflige pas à l'accusé une peine

plus sévère que celle dont il était menacé. Cette affirmation ne nous paraît pas tout à fait exacte. Supposons un délit commis dans des circonstances telles que l'agent a la quasi-certitude qu'il ne sera condamné qu'au minimum. Si dans l'intervalle entre la commission de l'infraction et le jugement on élève ce minimum, on trompe l'attente de l'agent, attente fondée précisément sur la connaissance qu'il avait de la loi ancienne.

Cette première observation n'est d'ailleurs que tout à fait secondaire. Pour se rendre un compte exact de la valeur du système de la majorité de la doctrine, il faut remonter directement aux raisons qui justifient la règle de la compétence de la loi la plus douce. Ces raisons sont, nous l'avons vu (1), la nécessité de protéger la liberté individuelle d'une part, la considération des buts de la peine de l'autre.

1. *Nécessité de protéger la liberté civile.* — Cette raison semble s'opposer à ce qu'on considère toujours une loi nouvelle qui élève le minimum, tout en maintenant ou en abaissant le maximum, comme une loi immédiatement applicable. En effet, supposons qu'un individu s'est rendu coupable d'un délit politique. Le fait a été commis dans des circonstances telles, qu'on est sûr d'avance que le délinquant ne sera condamné qu'au minimum de la peine légale, minimum par hypothèse fort

(1) V. *suprà*, ch. IV.

peu élevé. Le maximum est, au contraire, nous le supposons, très rigoureux. Le gouvernement, qui tient à se défaire pour longtemps ou pour toujours de notre délinquant, par hypothèse adversaire politique redoutable, n'aura, pour arriver à ses fins, qu'à proposer et à faire voter par le Parlement une loi nouvelle établissant, par exemple, une peine fixe quelque peu inférieure à l'ancienne peine maxima.

On le voit donc : à ne tenir compte que des modifications du maximum, on risque de compromettre la liberté civile.

2. *Considération des buts de la loi pénale.* — Que la loi nouvelle abaisse le minimum et élève le maximum, ou que, au contraire, plus douce au point de vue du maximum, elle soit plus rigoureuse au point de vue du minimum, dans le premier cas il peut être plus conforme aux buts de la loi pénale d'appliquer la loi nouvelle et dans le second il peut paraître préférable de faire prévaloir la loi ancienne. Si la loi nouvelle abaisse le minimum, il en résulte que le législateur considère que dans certaines circonstances une peine moins élevée est suffisamment intimidante et exemplaire. Lorsque ces circonstances se trouvent réunies, le surplus de la peine apparaît, même s'agissant des infractions commises avant la promulgation de la loi nouvelle, comme inutile et, en conséquence, comme condamnable ; si deux années de prison sont suffisantes, il n'est

pas rationnel d'infliger au délinquant trois années de cette peine. Et, à l'inverse, si tout en abaissant le maximum, la loi nouvelle élève le minimum, on ne doit pas être tenu de condamner le délinquant au minimum nouveau, car il se peut que l'application du minimum ancien combinée avec la plus grande valeur d'intimidation résultant de la menace pénale nouvelle suffira à garantir la société contre une récidive du délinquant ; et d'ailleurs cette application du minimum ancien n'amointrira pas la valeur de la loi nouvelle vis-à-vis des délinquants futurs possibles, le délit moins puni ayant été commis avant la promulgation de la loi nouvelle et le temps étant essentiellement irréversible.

128. — Ainsi, la nécessité de protéger la liberté civile et la considération des buts de la peine, motifs législatifs de la règle de la compétence de la loi la plus douce, condamnent le système de la majorité des auteurs. Ajoutons encore que, de même que la première théorie de Le Sellyer, ce système semble aller à l'encontre des indications du sens commun. En effet, n'y aurait-il pas quelque chose de paradoxal dans ce fait qu'un délinquant qui aurait été, dans le système législatif antérieur, condamné à l'ancien minimum de la peine fût condamné à une peine plus sévère par application de la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce, et cela pour cette raison que cette loi nouvelle abaisse le maximum ancien auquel le délinquant envisagé n'au-

rait pas été condamné même si ce maximum avait été maintenu ?

129.— Le premier système de Le Sellyer, le système du maximum, le système du minimum ne peuvent pas être admis. L'insuccès de toutes ces théories laisse supposer un vice de méthode dans leur construction. Mais peut-on parler ici d'une méthode commune ? Assurément. Un trait, en effet, est inhérent à toutes les conceptions énumérées. Pour décider laquelle des deux lois en présence est la plus douce, elles comparent ces deux lois entre elles *in abstracto*, en elles-mêmes, et non à l'occasion d'une application possible de ces lois dans telle ou telle hypothèse concrète. Une nouvelle loi élève le maximum ancien et abaisse le minimum (1). Dans toutes les théories critiquées on se propose pour but de déterminer laquelle des deux lois en présence est en elle-même, abstraction faite de toute espèce concrète, la plus douce. Or, chercher à atteindre ce but, c'est entreprendre une tâche impossible, car chacune de ces deux lois est par définition sous certains rapports plus favorable et sous d'autres plus rigoureuse que l'autre.

Mais, s'il en est ainsi, ne doit-on pas en conclure que le problème posé est insoluble ? Nous ne le croyons pas. Et, en effet, le recours à une méthode différente de celle employée par les auteurs critiqués permet de le solutionner de la façon la plus satisfaisante.

(1) Ou — contraire, abaisse le maximum et élève le minimum.

130. — La loi la plus douce c'est la loi qui apparaîtra comme telle dans chaque espèce concrète que les juges auront à régler. Tel est le principe de solution de notre difficulté. Cette conception, malgré l'apparence contraire, est au fond d'une simplicité parfaite. Un exemple la précisera.

Un vol déterminé a été commis par tel individu dans telles circonstances à un moment où le maximum de la peine était de 5 années et le minimum de 3 années d'emprisonnement. Avant le jugement, une loi nouvelle intervient, qui élève le maximum jusqu'à 6 ans, mais abaisse le minimum jusqu'à une année. Dans le système proposé, les juges n'auront pas à instituer une comparaison *in abstracto* de la loi nouvelle avec la loi ancienne. Ils rechercheront, en se plaçant dans les circonstances de la cause, en tenant compte de la témébilité de l'agent, etc., si c'est au maximum ou au minimum que le délinquant doit être condamné. Si c'est le maximum de la peine qu'il faut lui imposer, les juges appliqueront la loi ancienne, car dans ce cas c'est cette loi, qui ne permet pas d'infliger une peine supérieure à 5 années de prison, qui apparaît comme la plus douce. Si, au contraire, c'est le minimum qu'il mérite, les juges appliqueront la loi nouvelle qui permet de descendre au-dessous de 3 années d'emprisonnement. De la sorte, on appliquera réellement dans chaque cas concret la loi la plus douce par rapport à ce cas.

On le voit, ce système de l'appréciation *in concreto*

du degré de rigueur des lois en présence aboutit dans une large mesure (1) aux mêmes résultats pratiques que le système Blanche. Mais il n'encourt pas les mêmes critiques. En effet, dans chaque espèce il n'y aura qu'une seule loi d'appliquée et d'applicable. Seulement cette loi sera tantôt la loi ancienne et tantôt la loi nouvelle. Aucun principe juridique ne s'oppose à une pareille adaptation de la solution aux conditions de fait de chaque cause. Elle seule, au contraire, accorde une satisfaction adéquate aux exigences de l'art. 1 du C. C. et de l'art. 4 du C. P. Elle tient parfaitement compte des raisons de droit public et des considérations législatives qui dominent toute la réglementation de la matière. Enfin elle permet de régler tous les conflits sans aucune exception.

131. — Ce système de l'appréciation *in concreto* est fort ancien et, quoique ayant été particulièrement développé par les criminalistes allemands, il est d'origine française ou, tout au moins, il est né en France indépendamment de son développement en Allemagne. Ce système est fort ancien, disons-nous. Et en effet, on le trouve nettement développé déjà dans le Dalloz alphabétique (2) : « Dans l'hypothèse prévue, in-

(1) Mais pas tout à fait. La différence apparaît dans les hypothèses, pratiquement très fréquentes, où le délinquant n'encourt ni le maximum ni le minimum.

(2) V. *Lois*, n° 372.

dique ce recueil, la loi la plus favorable à l'accusé varie, suivant qu'on lui applique le maximum ou le minimum (1) ».

Et un peu plus loin (2) on trouve cette observation judicieuse : « Qu'on le remarque bien, d'ailleurs, ce ne sera jamais que l'une ou l'autre des deux qu'on appliquera à l'accusé ou au prévenu, soit la loi nouvelle, si le maximum est prononcé, soit l'ancienne, si les juges descendent jusqu'au minimum. Il y a donc erreur à prétendre que nous-faisons régir un même fait par deux lois différentes ». — Dans son *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, Le Sellyer, en abandonnant son système primitif, enseigne lui aussi cette théorie, sauf pour le cas où le caractère du fait n'est pas le même sous les deux législations. « Nous croyons... devoir décider, dit-il en effet, que les deux lois seront applicables en ce sens que la loi ancienne pourra être appliquée si les tribunaux veulent condamner au minimum, et que la loi nouvelle pourra seule l'être s'ils veulent condamner au maximum (3). Comme on le voit, en définitive, une seule loi sera appliquée, tantôt l'une, tantôt l'autre » (4). Enfin, dans une note publiée en 1885 au Sirey (5), M. Villey s'est prononcé dans

(1) *Loc. cit.*, p. 155.

(2) *Loc. cit.*, p. 156.

(3) L'hypothèse prévue est évidemment celle où la loi nouvelle abaisse le maximum, mais élève le minimum.

(4) *Loc. cit.*, p. 362.

(5) Sous Cass., 14 avril 1883, S. 85. 1. 401.

le même sens, en faisant lui aussi observer qu' « une seule loi sera appliquée, suivant la conscience du juge ; s'il veut appliquer le maximum, il appliquera la loi ancienne, dont le maximum ne peut pas être dépassé ; s'il veut descendre au-dessous, il appliquera la loi nouvelle ».

Mais c'est en Allemagne que ce système a obtenu un succès particulièrement éclatant. En effet, dans ce pays, la jurisprudence le consacre et la majorité des auteurs l'enseigne. Dans la doctrine, le premier auteur qui ait enseigné ce système, c'est semble-t-il Abegg (1). Von Bar se prononce dans le même sens (2). Et c'est également l'opinion de quantité d'autres auteurs (3), qu'il serait trop long, et d'ailleurs parfaitement inutile, d'énumérer.

132. — Nous avons jusqu'ici supposé que la loi nouvelle, à la fois plus douce et plus rigoureuse que la loi ancienne, était une loi modificative du maximum et du minimum de la peine. Une loi nouvelle peut également être plus douce et plus rigoureuse qu'une loi ancienne dans différentes autres circonstances. Ainsi lorsqu'elle élève le maximum de la peine, mais permet de la ré-

(1) ABEGG, *Neus Archiv*, p. 495.

(2) *Loc. cit.*, § 38, pp. 94-95.

(3) V. les auteurs cités par VON BAR, *loc. cit.*, note 78. Ajoutez la thèse précitée de VOSBERG et celle de GÖHRS, *Das Mildeste Gesetz*.

duire en accordant à l'accusé ou au prévenu le bénéfice des circonstances atténuantes, hypothèse fort voisine de celle précédemment étudiée. Ainsi encore lorsque, comme l'a fait la loi du 26 mars 1891, elle aggrave, sous certains rapports, la récidive, mais exige, pour que celle-ci soit constituée, la réunion de certaines conditions antérieurement non requises. Ainsi encore lorsque, en aggravant ou en atténuant la peine, elle assure l'impunité à la tentative ou à certaines tentatives, ou, au contraire, les rend punissables, admet une nouvelle excuse absolutoire ou en supprime une ancienne, etc. Laquelle des deux lois en présence devra l'emporter sur l'autre dans ces différentes hypothèses ? La possibilité ou l'impossibilité d'étendre à cette matière les systèmes ci-dessus exposés peut servir fort efficacement à ces systèmes de contre-épreuve.

Or, tous les systèmes objectifs se montrent sous ce rapport absolument inférieurs. Sans doute, on pourrait encore appliquer les systèmes en question à l'hypothèse d'une loi aggravant la peine, mais permettant de l'atténuer par le bénéfice des circonstances atténuantes. Mais en présence, par exemple, d'une loi nouvelle qui, tout en aggravant la peine, admet une nouvelle excuse absolutoire, comment décider *par une comparaison de ces deux lois en elles-mêmes* laquelle est la plus douce ? Le tenter, c'est être voué à un échec certain. Aussi les partisans des systèmes objectifs sont-ils obligés ou bien de garder le silence sur ces hypothèses ou

bien de tomber dans des contradictions inévitables. Ce second reproche peut être adressé à M. Garraud. En effet, cet auteur, qui critique vigoureusement le système de Blanche, admet néanmoins, en se plaçant précisément dans l'hypothèse où une loi nouvelle aggrave la peine, mais formule la règle du non-cumul des peines et permet la déclaration des circonstances atténuantes, que « le juge devra appliquer la pénalité ancienne, puisqu'elle est plus douce que la pénalité nouvelle ; mais il devra faire en même temps bénéficier le prévenu des dispositions relatives aux circonstances atténuantes et au non-cumul des peines » (1). Cependant, il est évident, et vainement M. Garraud tente-t-il de le contester, que, ce faisant, le juge s'écartera de la législation nouvelle et de la législation ancienne. Il créera donc une loi mixte, différente de la loi ancienne et de la loi nouvelle, et outrepassera, ce faisant, ses pouvoirs.

Aucune difficulté, au contraire, dans le système de l'appréciation *in concreto*. En présence de chaque espèce particulière, on devra tout simplement se demander à quels résultats aboutirait dans ce cas l'application intégrale de la législation ancienne d'une part, des règles nouvelles de l'autre. Et la compétence appartiendra dans chaque cas particulier à la législation qui, pour ce cas, apparaîtra comme la plus favorable au prévenu

(1) *Loc. cit.*, n° 156, II (p. 326).

(ou à l'accusé). Nouvelle et très sérieuse confirmation de ce système.

133. — Le système de l'appréciation *in concreto* est préférable aux systèmes adverses. Mais ce système n'a-t-il pas été rejeté par la jurisprudence française ? Et cette jurisprudence ne s'est-elle pas déclarée en faveur du système du maximum ? La question ne nous paraît pas définitivement tranchée. En effet, les décisions judiciaires invoquées dans le sens indiqué n'ont, en réalité, qu'une portée très réduite. Et certaines autres décisions paraissent nettement favorables au système de l'appréciation *in concreto* du degré de rigueur des lois en conflit.

134. — En faveur du système du maximum on invoque tout d'abord un jugement du tribunal de Pont-l'Évêque, en date du premier août 1832 (1). Il s'agissait dans l'espèce d'un empiètement sur un chemin public commis sous l'empire de la loi du 28 septembre 1791. La peine établie par cette loi était une amende de 3 à 24 francs. Le 20 mai 1826, un jugement par défaut du tribunal correctionnel condamna le coupable au minimum de la peine, c'est-à-dire à 3 francs d'amende. Mais en 1832, sur opposition, l'affaire revint devant le tribunal correctionnel. Or, dans l'intervalle, était entré en vigueur

(1) Sous Cassation, 1^{er} février 1833, S. 33. 1. 809.

l'art. 479, n° 11 du C. P., texte qui élevait le minimum de la peine à 11 francs et abaissait le maximum à 15. Le tribunal condamna de nouveau le délinquant au minimum de la peine, mais au minimum établi par la loi nouvelle, en considérant que la peine de cette loi était plus douce que celle prononcée par la loi ancienne. D'où il semble bien résulter que c'est seulement du maximum de la peine qu'il faut tenir compte dans l'appréciation du degré de rigueur des lois.

Telle est cette décision. Il ne faut pas en exagérer l'importance. Tout d'abord l'autorité doctrinale d'un jugement rendu par un tribunal correctionnel n'est pas bien grande : elle l'est d'autant moins dans l'espèce que le jugement en question a été cassé, sans que toutefois la Cour de Cassation ait eu à statuer sur notre question. Ensuite il y avait ici une circonstance particulière qui pouvait, dans le second système de Le Sellyer, par exemple, justifier la décision rendue. En effet, le C. P., en abaissant le maximum de la peine, avait transformé un délit correctionnel en une simple contravention.

On cite encore dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel de Nancy en date du 13 juillet 1882 (1). Les deux lois en conflit étaient dans l'espèce d'une part l'art. 6 de l'arrêt du Conseil du 19 juillet 1746 sur les épizooties, texte qui édictait pour le cas de contravention une peine d'amende, mais en permettant le cumul des amendes,

(1) Sous Cassation 27 janvier 1883, S. 85. 1. 402.

d'autre part la loi du 21 juillet 1881 qui édicte cumulativement la peine d'emprisonnement et celle de l'amende, mais n'admet pas le cumul des amendes et permet de supprimer, par la déclaration des circonstances atténuantes, l'emprisonnement. La Cour de Nancy appliqua la première des lois en conflit en donnant ce motif : « que la nouvelle loi, édictant cumulativement la peine d'emprisonnement et celle de l'amende..., est plus sévère que l'ancienne ». Ce considérant de l'arrêt de la Cour de Nancy milite incontestablement en faveur du système par nous combattu. Mais le dispositif de l'arrêt s'explique fort bien même dans notre système. En effet, il se peut que les circonstances de l'espèce étaient telles que, si la Cour de Nancy avait eu à appliquer la loi de 1881, elle n'aurait pas accordé au prévenu le bénéfice des circonstances atténuantes.

Enfin on invoque dans le même sens un arrêt de la Cour de Cassation en date du premier juin 1888 (1). Un individu avait été condamné par jugement de tribunal correctionnel à 3 mois de prison et à 1.000 fr. d'amende, et cela malgré une déclaration de circonstances atténuantes. En appel, en vertu d'une loi promulguée dans l'intervalle, loi qui n'autorisait plus l'application de l'art. 463; mais réduisait à la fois le maximum et le minimum de l'emprisonnement et de l'amende et permettait de ne prononcer que l'une de ces peines, la peine

(1) *Bulletin criminel*, n° 188.

lut réduite en ce qui concerne l'emprisonnement à deux mois. Pourvoi en cassation du prévenu qui se plaignait de ce qu'on avait sur son seul appel aggravé son sort, en ne tenant pas compte de circonstances atténuantes accordées en première instance. La Cour de Cassation rejeta ce pourvoi : la seule loi applicable, déclara-t-elle, c'est la loi nouvelle qui est plus douce que l'ancienne et dont on ne peut pas scinder arbitrairement les dispositions. Cette solution condamne évidemment le système de Blanche et de M. Garraud. Mais elle s'explique fort bien dans notre conception. Dans l'espèce, la loi nouvelle était incontestablement plus douce, vu que son application aboutissait à un abaissement de peine.

135. — Telles sont les décisions judiciaires qu'on invoque en faveur du système du maximum. On le voit, leur portée est des plus restreintes, sauf en ce qui a trait à la condamnation du système de Blanche. D'autre part, le système de l'appréciation *in concreto* a été nettement admis par la jurisprudence au sujet d'une question, il est vrai, un peu spéciale. Nous avons à indiquer l'hypothèse et à exposer les décisions.

La loi du 26 mars 1891 sur l'aggravation et l'atténuation des peines est, comparée à l'état du droit antérieur, à la fois une loi d'atténuation et une loi de rigueur. Dans les systèmes objectifs, on aurait dû comparer *in abstracto* les textes anciens et les textes nouveaux, et n'appliquer dans tous les cas des infractions commises

avant, mais jugées après, la promulgation de la loi nouvelle que l'une de ces deux législations, notamment l'ancienne, la loi de 1891 étant en partie une loi d'aggravation. Or, telle n'a pas été l'attitude de la jurisprudence. Dans certains cas elle a appliqué la législation ancienne, dans d'autres elle fit prévaloir la législation nouvelle. — Elle a appliqué la législation ancienne dans tous les cas où la loi nouvelle aggravait la situation des délinquants. C'est ainsi que la Cour de Paris a déclaré le 21 avril 1891 (1) que l'on ne pouvait pas, en présence d'un second délit commis avant la promulgation de la loi nouvelle, considérer comme le premier terme de la récidive une condamnation antérieure à moins d'une année d'emprisonnement. Et d'autres arrêts (2) ont statué dans le même sens. — Mais, d'autre part, dans tous les cas où la loi nouvelle faisait disparaître la récidive dans des hypothèses où, d'après la législation antérieure, celle-ci se serait trouvée constituée, la jurisprudence a considéré la loi nouvelle comme immédiatement applicable. C'est ainsi que le 6 avril 1891 (3) la Cour de Paris, ayant à statuer sur un délit commis antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle, a néanmoins déclaré qu'il n'y avait pas récidive lorsque le second

(1) S. 91. 2. 133.

(2) Besançon, 24 juin 1891, S. 91. 2. 193; Amiens, 25 juin 1891, S. 91. 2. 239.

(3) S. 91. 2. 152. V. aussi, Paris également, 9 avril 1891, S. 91. 2. 132.

délit était commis plus de 5 années après la première condamnation; pas plus d'ailleurs que dans le cas où le second délit n'était pas de la même nature que le premier.

Ces solutions ne s'expliquent pas dans les systèmes objectifs. Dans le système subjectif, elles se justifient, au contraire, pleinement. Et cette seconde série de décisions semblant contredire celles citées au numéro précédent, il est peut-être permis d'espérer que le système de l'appréciation *in concreto* finira par prévaloir même en dehors de toute intervention législative.

CHAPITRE VII

Du domaine d'application des principes précédemment établis.

SOMMAIRE: 136. Portée générale de ces principes. — Difficultés.
— Division.

136. — Le principe de l'application immédiate des lois nouvelles, tempéré par la règle du maintien de la compétence des lois anciennes plus douces, est un principe général, indépendant de la nature des faits incriminés et du caractère des lois en conflit. Telle est ici la règle. Et dès lors déterminer dans chaque hypothèse concrète la loi applicable ce ne sera en général qu'une simple question de fait. Toutefois, il peut sembler qu'il en est parfois autrement, et les difficultés ne sont absolument absentes en cette matière. Certaines d'entre elles se rattachent à la nature des faits incriminés ; les plus faciles à trancher, elles seront examinées en premier lieu. D'autres, bien plus graves, se posent lorsqu'il

s'agit de certaines catégories des lois. Les lois auxquelles nous faisons ici allusion ce sont les lois temporaires, les lois que les Allemands appellent les *Blankettstrafgesetze* et dont les règlements de police fournissent en droit français l'exemple le plus typique, et enfin les lois extra-pénales à répercussions pénales. Après avoir étudié les quelques difficultés se rattachant à la nature des faits incriminés, il faudra examiner successivement les problèmes que posent ces catégories particulières des lois.

SECTION PREMIÈRE.

Difficultés se rattachant à la nature des faits incriminés.

SOMMAIRE: 137. Simplicité habituelle de la question. — 138. Délits continus. — Jurisprudence. — 139. Suite. — Justification de la solution admise. — 140. Délits d'habitude.

137. — Les difficultés tenant à la nature des faits incriminés (1) ne sont ni nombreuses ni d'une solution bien difficile. Les infractions étant en fait le plus souvent instantanées (2), il ne peut y avoir, en général, que des difficultés de preuve, concernant le moment de leur perpétration. Et d'autre part le moment de l'entrée en vigueur des lois nouvelles sera facilement établi d'après les indications de l'art. 1 du C. C. ou les dispositions formelles de ces lois elles-mêmes. Or, le moment de la commission du fait incriminé et le moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle étant fixés, il sera aisé de décider si le délit tombe sous l'empire exclusif de la

(1) Nous avons ici en vue non les infractions *in abstracto*, mais les infractions telles qu'elles le sont en réalité dans les différentes hypothèses concrètes. En effet, comme M. Garçon l'a signalé dans sa brève *Etude sur les délits continus ou successifs*, nombre d'infractions sont tantôt instantanées et tantôt continues.

(2) La terminologie employée dans ce numéro est celle de M. GARÇON, *Etude précitée*.

loi nouvelle ou s'il y a, en ce qui le concerne, matière à conflit.

Aussi la question n'a-t-elle été tant soit peu débattue que par rapport à des infractions non instantanées. Mais là encore les solutions qui ont prévalu étaient à tel point évidentes qu'il suffira presque de les signaler. Il en est ainsi surtout en ce qui concerne les délits continus ou successifs.

138. — La solution jurisprudentielle, en ce qui concerne les délits continus, c'est que dans tous les cas où l'infraction se trouve commise dans une mesure quelconque sous l'empire de la loi nouvelle, c'est cette loi nouvelle qui doit recevoir application. C'est ainsi que la Cour de Cassation (1) a décidé qu'un complot commencé avant la loi du 8 juillet 1850, mais continué jusqu'à une époque postérieure à la promulgation de cette loi encourait la peine, établie par la loi nouvelle, de la déportation dans une enceinte fortifiée.

D'autres décisions ont statué dans le même sens. Citons simplement à titre d'exemple (2), un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 6 novembre 1902 (3). Il s'agissait

(1) V. Cassation, 17 novembre 1851, S. 51. 1. 707.

(2) Voir, dans le même sens, Cassation, 9 décembre 1836, S. 36. 1. 905. Dans l'espèce, il s'agissait plutôt d'une infraction successive que d'une infraction continue. Mais la solution est dans les deux cas la même. Aussi Cass., 30 juin 1836, S. 36. 1. 848, 4 août 1871, S. 72. 1. 200 et d'autres. La loi du 14 mars 1871, art. 2, a expressément formulé la même règle.

(3) S. 03. 1. 377.

de savoir si la loi du premier juillet 1901 était applicable, dans ses dispositions pénales à l'égard des membres des congrégations non autorisées, seulement aux congrégations formées postérieurement à la promulgation de la loi nouvelle, ou bien si elle devait être étendue aux personnes qui, antérieurement à la loi de 1901, s'étaient affiliées aux congrégations alors existantes et continuaient à en faire partie même après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La Cour de Cassation se prononça dans le sens de l'extension. Solution fort juridique, car la loi, comme cela résulte à la fois de sa lettre et de son esprit, tendait à instituer non seulement un délit instantané d'affiliation (dans le sens de l'entrée dans une congrégation), mais encore celui continu d'appartenance à une congrégation non autorisée (1).

139. — Ainsi la jurisprudence est unanime dans ce sens : en cas d'infraction continue ou successive se prolongeant sous l'empire de la loi nouvelle, seule cette loi nouvelle est compétente, et il n'y a pas eu à distinguer suivant qu'elle est ou non plus rigoureuse que la loi ancienne. Cette solution, qui est aussi celle de la doctrine (2), doit être approuvée. En effet, le caractère pro-

(1) V. dans le même sens, note de M. Roux, sous l'arrêt précité du 6 novembre 1902.

(2) GARÇON, *loc. cit.*, n° 46; GARRAUD, *loc. cit.*, n° 116 (p. 248). En Allemagne, SEEGER, *op. cit.*, p. 189-193, s'est prononcé en sens contraire pour l'hypothèse des délits qu'on peut appeler les délits continus permanents.

pre des délits continus ou successifs, c'est que chacun d'eux forme un tout juridique indivisible. Ils ne peuvent, en conséquence, tomber que sous l'empire d'une seule loi. Or, de la loi ancienne ou de la loi nouvelle, c'est évidemment cette dernière qui doit être préférée, puisqu'elle est présumée supérieure à la loi ancienne et qu'il n'y a aucun obstacle à son application, la continuation de l'infraction supposant par définition continuation de l'activité illicite du délinquant (1).

140. — La question est un peu plus délicate lorsqu'on se trouve en présence d'un délit d'habitude. Supposons une législation où le délit d'usure n'existe pas. Une loi nouvelle établit ce délit en le rangeant dans la catégorie des délits d'habitude. Il y a eu des prêts usuraires consentis avant la promulgation de la nouvelle loi. Un seul fait constitutif d'usure intervient après la promulgation de cette loi. L'usurier pourra-t-il être poursuivi par application de la loi nouvelle? Le bon sens milite en faveur d'une réponse affirmative à cette question. On objecte cependant (2) que, comme l'habi-

(1) Cmp. BINDING, *op. cit.*, p. 246: « Comme l'infraction ne peut être punie, partie d'après la législation ancienne, partie d'après la législation nouvelle, vu que son unité réclame reconnaissance juridique et que cette unité s'étend de son début jusqu'à sa terminaison; comme ce serait une absurdité que de soumettre cette unité à la loi ancienne, moins parfaite, on est conduit à préférer forcément la loi du moment de la terminaison. »

(2) *Sic.*, Tr. d'Empire d'Allemagne, 24 janvier 1882, décision reproduite par OLSHAUSEN, *Kommentar zum StGB*, n° 8. VON BAR, *op. cit.*, p. 83, se prononce également dans ce sens.

tude d'usure résulte non du fait unique perpétré après la promulgation de la loi, mais de l'ensemble des faits antérieurs plus le fait postérieur, appliquer la loi nouvelle ce serait la faire rétroagir. Cette objection nous touche peu. La rétroactivité est, en effet, en droit pénal le principe général. Ce principe souffre exception lorsqu'il se trouve en conflit avec l'art. 4 du C. P. Cette exception est la seule. Or, punir un usurier qui continue à pratiquer l'usure malgré la menace résultant d'une nouvelle loi pénale, ce n'est certes pas le punir d'une peine imprévisible. En somme, peut-on dire, les délits d'habitude sont, sinon toujours des délits continus ou successifs, au moins nécessairement des délits continués. Et il suffit, pour qu'une loi soit applicable, que les faits qu'elle prévoit se prolongent dans une mesure quelconque jusqu'après son entrée en vigueur.

Nous ne connaissons pas en France de jurisprudence sur la question. Mais les principes sur lesquels repose le système jurisprudentiel précédemment indiqué (1) sur les lois relatives à la récidive commandent impérieusement la solution que nous venons de préconiser (2).

(1) V. *suprà*, ch. IV.

(2) V. dans le même sens GARÇON, *op et loc. cit.*, n° 46.

SECTION DEUXIÈME

Les lois temporaires,

SOMMAIRE: 141. Position de la question. — Les deux systèmes. — 142. Système de la majorité de la doctrine allemande. — Arguments. — Exemples à l'appui. — 143. Système de von Bar. — Arguments. — Critique. — 144. Nos conclusions. — Appel aux raisons législatives expliquant le système général. — Insuffisance. — 145. Suite. — Loi temporaire plus douce. — 145 *bis*. Suite. — Loi temporaire plus rigoureuse. — Possibilité d'une distinction. — 146. La question en droit positif. — Pas d'exception aux principes généraux. — 147. Suite. — Tempéraments résultant de la nature de la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle. — 149. Indication d'une question particulière.

141. — Une société se trouve placée dans des circonstances exceptionnelles. Une guerre a éclaté qui la force à prendre des mesures de sauvegarde et de lutte contre l'ennemi ; par suite d'une longue guerre civile et de la désorganisation sociale qui s'en est suivie, les attentats criminels ou un certain genre d'attentats criminels (attaques à main armée sous le Consulat) se sont à tel point multipliés que, pour les combattre efficacement, on est forcé d'agir contre les délinquants avec une rigueur exceptionnelle ; une longue famine ayant sévi dans un

pays où la population vit au jour le jour, le législateur croit bon de laisser impunis ou de punir moins sévèrement certains attentats contre la propriété. Dans ces différentes hypothèses, et dans d'autres hypothèses plus ou moins analogues, on se trouvera en présence d'une loi ordinaire et d'une loi d'exception, le plus souvent temporaire (1), le législateur se rendant compte du caractère passager des circonstances en ayant nécessité la promulgation. Et le législateur peut édicter une loi temporaire aussi lorsque, en présence d'une mesure très grave et d'une utilité douteuse, avant de l'introduire définitivement, il veut procéder à un essai : telle la loi d'exception contre les socialistes promulguée en 1892 pour 10 ans en Allemagne.

141 bis. — Ainsi une loi temporaire peut se trouver promulguée dans des circonstances assez variées. Or, entre la loi permanente et la loi temporaire, des conflits de compétence pourront se produire, soit par rapport à des infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi temporaire, mais jugées postérieurement à sa promulgation, soit par rapport à des infractions commises sous l'empire de la loi temporaire, mais jugées après son abrogation. De pareils conflits surgissant, comment

(1) Il y aura parfois fixation précise de la durée d'application : 10 ans dans la loi contre les socialistes en Allemagne. Parfois, il s'agira d'une période indéterminée : pendant la durée de la guerre, etc.

devront-ils être réglés ? En ce qui concerne cette question, deux points sont certains. Une loi temporaire plus rigoureuse ne s'applique pas aux infractions commises avant son entrée en vigueur. Une loi temporaire plus douce, même abrogée, continue à régir les infractions commises sous son empire. En effet, dans ces deux cas, la règle *nulla pœna sine lege* s'oppose, dans le premier, à l'application de la loi temporaire, dans le second, à la compétence de la loi permanente.

Mais deux autres hypothèses, au contraire, fournissent matière à controverses. Une loi temporaire plus rigoureuse que la loi ordinaire est abrogée. Les faits commis sous l'empire de la loi temporaire tomberont-ils, dans ce cas, sous l'empire de la loi permanente ou resteront-ils assujettis à la loi du moment de leur commission ? Et, seconde hypothèse, une loi temporaire plus douce est promulguée. Doit-elle ou ne doit-elle pas régir même les infractions commises avant sa publication ?

Ces deux questions sont délicates. La première présente, en outre, surtout dans les circonstances actuelles, un grand intérêt pratique. Cependant, la doctrine française ne les a pour ainsi dire guère étudiées. Elles ont été, au contraire, surtout la première, très débattues en Allemagne. Et dans la doctrine allemande deux systèmes opposés se sont fait jour. Le premier accorde toujours la préférence à la loi temporaire, lorsque c'est cette loi qui est la loi du moment de la perpétration de

l'infraction. Le second se prononce dans le sens de l'application en cette matière de la règle générale de la compétence de la loi la plus douce. Nous aurons à examiner ces deux systèmes ; le second nous paraît préférable.

Une observation préliminaire demande à être faite. Les lois temporaires sont le plus souvent des lois de rigueur. C'est dans cette hypothèse que nous nous placerons, sauf indication contraire, dans la suite de nos développements.

142. — La majorité des criminalistes allemands repousse dans ce domaine l'application des principes généraux de la matière. Même après son abrogation, une loi temporaire plus rigoureuse que la loi permanente régira, disent-ils, les infractions commises sous son empire. Plusieurs arguments, dont un négatif, peuvent être invoqués à l'appui de cette conception.

L'argument négatif consiste à dire que les raisons habituelles de la compétence de la loi nouvelle plus douce ne se retrouvent pas en cette matière. Cette règle repose, en effet, sur la présomption de la supériorité de la loi nouvelle, présomption fondée précisément sur le fait de la réforme législative. Or, lorsque la loi abrogée était une loi temporaire, cette raison, dit-on, fait défaut. La loi est abrogée non pas parce que le législateur la trouve mauvaise, mais parce que les circonstances exceptionnelles qui l'ont rendue nécessaire ont

disparu.— C'est ainsi que Lehman (1), en parlant de certaines lois temporaires (il vise l'état de guerre), déclare que les règles ordinares ne leur sont pas applicables ; « car on ne peut aucunement affirmer que l'Etat révèle une nouvelle conception de la punissabilité des délits commis pendant la période critique, lorsque, la période exceptionnelle s'étant écoulée, la loi ordinaire rentre en vigueur. » Et d'autres auteurs (2) font également appel à cette considération.

On invoque dans le même sens aussi des arguments positifs. Le principal consiste à dire que c'est le moment même où ces infractions ont été commises qui les rend, aux yeux du législateur, plus graves ; gravité accrue qui persiste quel que soit le moment où elles seront jugées (3). Et Binding (4) invoque, en outre, cette raison qu'il y aurait injustice à punir, à raison des faits identiques, moins gravement ceux des délinquants qui, ayant échappé à des poursuites immédiates, ne seront jugés qu'après le retour à la vie normale.

On peut faire valoir dans le même sens encore un autre argument, que nous présenterons sous une forme concrète. La loi du 5 août 1914 interdit à la presse certaines publications et sanctionne cette interdiction par des peines d'emprisonnement et d'amende (art. 2). Le

(1) LEHMAN, *op. cit.*, pp. 63-64.

(2) V. p. ex. BINDING, *op. cit.*, p. 268.

(3) LEHMAN, *loc. cit.*

(4) BINDING, *op. cit.*, p. 259.

décret du 27 septembre 1914 a prohibé toutes relations commerciales avec les sujets austro-hongrois, interdiction qui, en bonne législation, devrait être munie d'une sanction pénale et qui sans doute l'acquerra incessamment. La guerre une fois terminée, ces interdictions et leurs sanctions disparaîtront. Or, serait-il sage de déclarer que pourront seuls être punis ceux des contrevenants qui, au moment de la conclusion de la paix, auront déjà été condamnés, et que les autres échapperont à toute répression ? Ne serait-ce pas amoindrir singulièrement l'effet intimidant des sanctions pénales et compromettre par cela même l'observation des règles en question, cependant d'un intérêt national considérable ? L'argument paraît probant.

Observation complémentaire. Il est de toute évidence que, pour que les arguments indiqués ne tombent pas à faux, il faut que l'abrogation de la loi temporaire tienne réellement à un changement dans les circonstances et non aux vices de la loi en question. Cette observation n'est pas inutile. La loi allemande contre les socialistes n'a pas été renouvelée à l'expiration du délai pour lequel elle a été votée parce que le législateur s'est rendu compte de ses inconvénients. Néanmoins, le tribunal d'Empire a prononcé une condamnation en vertu de cette loi le 15 janvier 1891, c'est-à-dire postérieurement à son abrogation. Franck (1), quoique partisan du

(1) *Zeitschrift für die gemeine Strafrechtswissenschaft*, t. XIV, pp. 355-358.

système de l'application persistante de la loi temporaire, désapprouve à bon droit cette décision.

143. — Tel est le système de l'application persistante de la loi temporaire. Malgré la force des arguments dont on l'étaye, il n'a pas réussi, avons-nous dit, à s'imposer à tout le monde. Des auteurs considérables le repoussent. Tel était déjà le cas de Hälschner (1). Et c'est encore celui de von Bar. Ici aussi, dit von Bar (2), en examinant spécialement l'hypothèse de l'état de siège, « on doit se prononcer simplement dans le sens de l'application de la loi la plus douce. Sans doute, on peut affirmer que quiconque entreprend une action défendue par la loi dans ces temps dangereux et troubles, se rend coupable d'une faute plus lourde. Cependant le but essentiel d'une pareille sévérité passagère de la loi pénale, ce n'est pas une autre appréciation de la faute, mais l'action intimidant directe de la loi ; si, par la suite, l'Etat déclare de nouveau lui-même qu'il n'a plus besoin de cette intimidation, il n'est plus possible... d'exiger qu'on fasse à ce but passager et déjà périmé le sacrifice d'encore une victime ».

A l'appui du système de von Bar on peut invoquer encore cette autre considération que, contrairement aux affirmations des partisans du système de l'action per-

(1) HÄLSCHNER, *Das gem. d. Strafrecht*, t. I, p. 123.

(2) VON BAR, *loc. cit.*, pp. 76-77.

sistante de la loi temporaire, la loi nouvelle, c'est-à-dire la loi ordinaire qui rentre en vigueur, doit ici aussi être considérée comme supérieure à la loi ancienne. En effet, s'il en était autrement, le législateur ne remettrait jamais en vigueur la loi ordinaire, mais transformerait la loi temporaire en loi permanente.

Enfin, pour renforcer le système exposé, citons un exemple où son acceptation semble particulièrement nécessaire. Pour faire disparaître une certaine catégorie de crimes, qui, pour des raisons passagères, sont devenus particulièrement fréquents, le législateur édicte, pour une année, une loi d'exception punissant ces crimes de la peine de mort. L'année écoulée, le but visé se trouve atteint et le législateur rétablit la loi ordinaire qui punit ce crime seulement des travaux forcés à temps. Pourra-t-on condamner néanmoins les délinquants non encore jugés à la peine de mort ? Admettre l'affirmative, c'est, semble-t-il, préconiser une solution injuste et appliquer une peine inutile. Et tel a été l'avis de la Cour de Cassation sous le Consulat.

144. — Quels arguments préférer et quel système choisir ? C'est au point de vue législatif que nous allons examiner en premier lieu cette question.

Notons tout de suite que les considérations législatives générales exposés au chapitre IV ne suffisent pas pour en donner la solution.

145. — Quelques mots tout d'abord au sujet du conflit entre une loi ordinaire et une loi temporaire plus douce que la première et postérieure à celle-ci. On ne retrouve pas, dans cette hypothèse, toutes les raisons qui militent dans les autres cas en faveur de la rétroactivité de la loi nouvelle plus douce.

La modération d'une peine prouve en général qu'une peine moindre que la peine ancienne est suffisamment intimidante et exemplaire ; l'abrogation de toute peine prouve qu'il s'agit d'un fait dont on n'a pas à craindre ni à empêcher le renouvellement. Peut-on dire qu'il en est de même si la loi nouvelle est une loi temporaire ? Il faut distinguer suivant qu'il s'agit de l'exemplarité ou de l'intimidation. S'agit-il de l'exemplarité ? La peine atténuée sera toujours sous ce rapport suffisante : durant l'époque régie par la loi temporaire, le législateur lui-même l'a déclarée telle ; et après l'abrogation de la loi temporaire l'irréversibilité du temps empêchera les délinquants futurs d'agir en comptant sur cette atténuation qui n'a plus sa raison d'être. S'agit-il de l'intimidation ? Sous ce rapport l'application de la peine atténuée semble contre-indiquée. En effet, supposons que, par suite d'une disette exceptionnelle, le législateur diminue par une loi temporaire la peine de certains attentats à la propriété. Si le législateur agit de la sorte, c'est sans doute qu'il considère que les délinquants qui s'abandonnent aux tentations de la faim seront suffisamment intimidés par une peine atténuée (ou qu'il serait

injuste ou inutile de leur en appliquer une plus rigoureuse). Une infraction de cette nature a été commise avant la période de disette, mais n'est jugée qu'après la promulgation de la loi temporaire. L'infraction ayant été commise dans les circonstances ordinaires, la loi temporaire n'établit aucunement que par rapport à l'infraction en question le législateur considère la peine atténuée comme suffisante ; elle prouve même le contraire, car autrement ce n'est pas à une loi temporaire, mais à une nouvelle loi permanente que le législateur aurait eu recours. Et si ce sont des considérations de justice qui ont inspiré la loi d'exception, comme le délinquant ancien ne subissait pas la pression de la circonstance exceptionnelle ayant provoqué la promulgation de la loi temporaire, on ne voit pas pourquoi cette loi temporaire lui serait appliquée. Vérité d'évidence dans les deux cas.

145 bis. — Ainsi, agissant d'une loi temporaire plus douce, les considérations d'ordre législatif donnent des indications inverses, suivant que l'on s'attache à l'effet exemplaire ou à l'effet intimidant de la peine. S'agissant d'une loi temporaire plus rigoureuse, les indications législatives semblent, à première vue, concorder dans le sens de la compétence vis-à-vis des faits intermédiaires de la loi ordinaire plus douce que la loi temporaire. Mais une considération particulière, également

d'ordre législatif, intervient et milite en sens contraire en cette matière.

Les considérations se rattachant aux idées d'exemplarité et d'intimidation semblent favorables à l'application de la loi ordinaire plus douce que la loi temporaire. En ce qui concerne l'exemplarité, le législateur prouve bien, en n'élevant la peine que par une loi temporaire et non par une loi permanente, qu'il considère la peine de la loi ordinaire comme suffisante en temps normal. Et il en est de même dans une large mesure de l'intimidation, sauf cependant cette circonstance que l'agent a bravé la menace plus rigoureuse qui résultait de la loi temporaire ; mais peut-être l'application d'une peine même moindre aura-t-elle plus d'efficacité qu'une menace même plus grave.

Tout semble donc favoriser l'extension à cette matière du principe général de l'application de la loi la plus douce. Mais une nouvelle considération, avons-nous dit, intervient ici et milite en sens contraire. Nous l'avons déjà brièvement indiquée n° 143. Lorsqu'on est en présence d'une loi ordinaire, destinée à rester, sauf circonstances imprévues et imprévisibles, longtemps en vigueur, l'éventualité de la promulgation ultérieure d'une loi nouvelle plus douce, immédiatement applicable même aux infractions antérieures, ne peut pas, à raison de son caractère extrêmement problématique, diminuer d'une manière sensible la contrainte psychologique résultant de la loi en vigueur. Il en est tout au-

frement en matière des lois temporaires. Ces lois ne sont, par définition, que passagères. Dès lors, si les justiciables sont prévenus que les peines de ces lois ne seront plus applicables dès que les lois ordinaires rentreront en vigueur, n'y aura-t-il pas lieu de craindre que cette perspective contrebalance dans une certaine mesure l'action psychologique des lois en question ?

Cette considération législative, qui se rattache à la nature même des lois temporaires, est de la plus grande importance.

Toutefois, cette importance varie considérablement avec les hypothèses. Lorsqu'il s'agit d'une loi temporaire aggravant simplement la peine d'une infraction préexistante pour combattre un accroissement de criminalité tenant à des circonstances exceptionnelles, loi qui en conséquence ne sera, selon toutes les probabilités, abrogée que lorsque la criminalité diminuera sensiblement, la considération en question est de bien peu de poids. Au contraire, son importance est extrême, lorsqu'il s'agit d'une disposition pénale temporaire rendant punissable un fait normalement licite, surtout lorsque cette disposition pénale est appelée à disparaître à assez bref délai, les circonstances auxquelles elle est subordonnée étant essentiellement passagères ; tel le cas d'une défense d'exporter, avec sanction pénale, pendant la durée d'une guerre étrangère, d'une défense de faire des opérations de commerce avec des ressortissants des pays ennemis. — D'autres circonstances en-

core (1) influent sur la portée de la considération étudiée. Elle milite en tout cas dans ce sens qu'au point de vue législatif, on ne peut recommander une solution uniforme de notre question. Les règles du droit commun paraissent assez adéquates lorsqu'il s'agit d'une simple élévation passagère de la peine. Au contraire, s'il s'agit d'une nouvelle incrimination temporaire, l'efficacité de la menace pénale semble exiger bien souvent l'application de la loi temporaire, même à des infractions commises sous son empire, mais jugées postérieurement à son abrogation.

146. — La question de la compétence dans le temps des lois temporaires est, nous venons de le voir, douteuse en législation. Elle ne l'est pas du tout, en France tout au moins, en droit pénal positif. Les principes généraux régissant les conflits des lois pénales doivent recevoir application aussi en cette matière. La démonstration du bien-fondé de cette proposition est aisée.

Il n'existe en droit français aucune disposition spéciale à la matière. Le principe de la rétroactivité des lois nouvelles plus douces ou tout aussi douces que les lois anciennes, du maintien de la compétence des lois anciennes lorsque les lois nouvelles sont plus rigoureuses qu'elles, n'est qu'une simple application de la règle de l'art. 1 du C. C. et du principe de la légalité

(1) Telle la nature de la peine.

des peines proclamé par l'art. 4 du C. P. Comme dans tous les autres cas, par application de l'art. 1 du C. C. on doit appliquer dès leur publication toutes les lois temporaires qui sont plus douces que les lois permanentes qu'elles remplacent ; mais on doit continuer à appliquer, par application de l'art. 4 du C. P., les lois ordinaires aux infractions commises sous leur empire, lorsque les lois temporaires nouvelles sont plus rigoureuses que les lois permanentes. Donc application des principes généraux, lorsque c'est la loi permanente qui se présente comme la loi ancienne et la loi temporaire comme la loi nouvelle. — Même solution dans le cas contraire ; là aussi par simple déduction de l'art. 1 du C. C. et de l'art. 4 du C. P. En effet, par application de l'art. 1 du C. C. la loi permanente qui reprend son empire après abrogation de la loi temporaire devient immédiatement compétente même par rapport aux infractions commises sous l'empire de la loi temporaire ; et, d'autre part, par application de l'art. 4 du C. P., c'est en conformité des dispositions de la loi temporaire que devront, même après son abrogation, être jugées les infractions commises sous son empire, lorsque la loi permanente qui remplace la loi temporaire est plus rigoureuse que celle-ci. Donc, au point de vue légal, aucune dérogation aux principes généraux, mais leur pure et simple application.

147. — Cependant, malgré cette extension à la ma-

tière des lois temporaires des principes généraux, le système de la législation française, bien loin d'être, comme on pourrait être tenté de le croire, rigide à l'extrême est en réalité d'une souplesse très grande. Sans doute, dans deux hypothèses sur quatre, il s'oppose vigoureusement à toute distinction. L'art. 4 du C. P. consacre, nous l'avons vu, une règle supérieure. Et, en conséquence, dans aucun cas une loi temporaire plus rigoureuse que la loi permanente ne pourra régir les faits accomplis sous l'empire de celle-ci, ni une loi permanente plus rigoureuse que la loi temporaire être considérée comme compétente à l'égard des individus ayant opéré sous l'empire de la loi temporaire. Mais ce sont précisément les deux cas où jamais une objection ne fut ni ne pouvait être élevée contre l'application du droit commun. Au contraire, dans les deux autres cas, rien n'empêche une adaptation, sans doute législative et non judiciaire, de la règle à appliquer aux exigences de la vie concrète.

En effet, l'application immédiate de la loi nouvelle plus douce est, comme nous l'avons établi ci-dessus (1), une règle légale ordinaire, et non une règle constitutionnelle. En conséquence, rien n'est plus facile que de rendre une loi temporaire plus douce incompétente vis-à-vis des infractions commises antérieurement à sa promulgation. Il suffit que le législateur déclare expres-

(1) V. *suprà*, ch. IV.

sément que telle est sa volonté pour que le juge soit forcé d'appliquer dans ces cas la loi permanente. Et même dans le silence du législateur, le juge pourra tenir compte de sa volonté implicite, telle qu'elle ressortira de telle ou telle formule particulière employée par la loi à interpréter. Ainsi, s'agissant par exemple de l'interdiction de faire le commerce avec les sujets allemands et austro-hongrois, il suffira, pour que la loi temporaire garde sa compétence, que le législateur, en abrogeant la disposition pénale qu'il édictera sans doute, exprime clairement ou laisse entendre que cette abrogation n'est pas rétroactive, même au point de vue pénal. Et déjà rien que la possibilité d'une pareille mesure légale servira peut-être de frein efficace aux appétits des personnes peu scrupuleuses qui seraient tentées de violer l'interdiction légale aux derniers mois ou jours de la guerre, en escomptant l'abolition prochaine de cette interdiction.

149. — Nous venons de voir que la règle de la rétroactivité des lois nouvelles plus douces doit recevoir application aussi en matière de conflits entre des lois permanentes et des lois temporaires. Cette solution, parfois critiquable au point de vue législatif, découle avec nécessité des textes légaux. Une remarque très importante doit être faite encore en ce qui concerne son champ d'application. Il ne faut pas confondre avec les lois temporaires les dispositions légales qui, visant

telles ou telles situations concrètes situées dans le temps, ne peuvent pas, faute d'objet, recevoir application au delà d'une certaine époque. Ainsi un arrêté municipal interdit de traverser, pendant un certain laps de temps, telle ou telle rue à cause des travaux qui y sont effectués. Quoique cet arrêté peut ne contenir aucune limitation expresse de sa durée d'application, il est évident que la contravention qu'il établit deviendra impossible dès que la rue dont il s'agit sera réparée. Quel est le domaine d'application dans le temps de pareilles dispositions pénales ? La question se posant surtout au sujet des règlements de police, c'est dans la section suivante, consacrée à l'examen de cette espèce particulière des lois pénales *lato sensu*, qu'elle sera examinée.

SECTION TROISIÈME.

Les règlements de police.

SOMMAIRE : 150. Caractère général de la difficulté. — En droit français, intérêt surtout par rapport aux règlements de police. — 150 *bis*. Position de la question. — 151. Raisons s'opposant dans certains cas à l'extension du système général. — 152. Système de la désobéissance. — 153. Suite. — Critique. — 154. Maintien des principes généraux. — Restriction résultant de la nature de certaines dispositions réglementaires. — 155. Importance de la restriction.

150. — Toute disposition pénale complète se compose de deux parties. Elle contient nécessairement un ordre ou une défense. Elle édicte une sanction menaçant ceux qui enfreindront cet ordre ou cette défense. D'habitude, le législateur pénal crée lui-même et d'un seul coup la disposition pénale tout entière : il énonce la norme qui ne devra pas être enfreinte et la sanction qui doit en garantir l'observation ; tel a été par exemple le procédé du législateur français en matière du vol, où la section première du chapitre II du C. P. définit à la fois les différentes espèces des vols et établit en même temps les peines qui devront être appliquées aux voleurs. Mais si c'est ainsi que le législateur procède le plus souvent,

ce n'est pas ainsi qu'il agit toujours. Parfois le pouvoir législatif se contente d'édicter la sanction et abandonne au pouvoir exécutif le soin d'établir les incriminations. La doctrine allemande appelle ces lois pénales, qui, au fond, sanctionnent les ordres de certaines autorités, *Blankettstrafgesetze*. En droit français, un exemple extrêmement pratique de pareilles lois est fourni par l'art. 471, 15° du C. P. La disposition légale en question se borne à fixer les peines. C'est à l'autorité administrative et municipale qu'il appartient d'établir les normes (ordres et défenses), dont la violation fera encourir aux contrevenants les peines fixées par la loi.

150 bis. — Cette disjonction de la norme et de la loi pénale proprement dite influe sur la manière dont se pose la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois. Sans doute, si c'est la loi proprement dite elle-même, — l'art. 471 du C. P. dans l'exemple auquel nous bornerons notre étude, — qui se trouve modifiée par une loi nouvelle, les principes généraux régissant les conflits de lois doivent être appliqués sans la moindre hésitation. Mais supposons que la modification porte sur la norme établie par l'autorité administrative, qu'un règlement de police légalement fait se trouve par la suite révoqué. Peut-on encore parler, dans une pareille hypothèse, d'une modification de la loi pénale ? Devra-t-on appliquer quand même les principes généraux précédemment établis et assurer de la sorte

aux contrevenants l'impunité, pour cette raison que le règlement violé n'existe plus au moment du jugement ? La question paraît d'autant plus douteuse que la résoudre par l'affirmative, ce serait aboutir, dans certains cas, à des solutions assez choquantes.

151. — Supposons, en effet, par exemple, un règlement de police qui interdit la circulation sur une voie publique durant les réparations qu'elle doit subir. Quelques heures avant la terminaison des travaux, une contravention se produit ; une contravention peut-être même intentionnelle. Au moment où cette contravention est jugée, la libre circulation se trouve automatiquement rétablie, les travaux entrepris ayant été terminés. Le contrevenant pourra-t-il se prévaloir de ce fait pour réclamer son acquittement ? Les principes généraux semblent, à première vue tout au moins, conduire à cette solution. Et cependant, il est bien évident que l'agent n'est pas moins coupable ni moins dangereux, parce qu'il a commis la contravention à la veille de la disparition de la norme. Et, d'autre part, n'est-ce pas démunir, pour les derniers jours de leur application, de toute sanction les règlements de police se référant à des circonstances (à des travaux, dans l'espèce) essentiellement temporaires, et n'est-ce pas, pour ainsi dire, provoquer des contraventions, que de déclarer que celles qui seront jugées à un moment où toute nouvelle contravention sera impossible, devront rester impunies ?

Notons que le danger, ici, est plus grave qu'en matière des lois temporaires, où la question ne peut se poser que dans le silence de la loi. Il est, en effet, évident qu'il n'appartient pas à l'autorité administrative de statuer sur les conflits des lois même dans la mesure limitée où le peut, sans enfreindre les règles de son fonctionnement légitime, le pouvoir législatif.

152. — Comment échapper au danger signalé ? Une conception développée par von Bar (1) semble indiquer un moyen, à première vue, très acceptable. Les principes généraux, dit cet auteur, ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit d'une loi « qui, de par sa nature, menace d'une peine la *désobéissance* à un ordre ou à une défense qui doivent être remplis d'un contenu variable par l'autorité administrative compétente, ou aussi par la législation. Ici, on tient compte de l'acte non dans ses formes concrètes d'apparition, mais seulement en tant que désobéissance ; et cet acte était et reste une désobéissance que l'autorité administrative compétente... prohibe ou ordonne, sous menace d'une peine, aujourd'hui telle action, demain telle autre (2) ». — Evidemment, en matière de règlements de police, il s'agit précisément des lois appartenant à la catégorie que von Bar a en vue. Si sa conception est exacte, peu importe que le règlement violé soit ou ne soit pas en vigueur

(1) *Loc. cit.*, § 30 (p. 77).

(2) *Loc. cit.*, pp. 77-78.

au moment du jugement. L'infraction étant constituée par la désobéissance, qui, évidemment, ne peut être appréciée qu'au moment de la commission de l'acte incriminé, aucune circonstance postérieure ne peut la faire disparaître.

153. — Cette conception présente par sa généralité certains inconvénients pratiques. Qu'on suppose, en effet, un règlement de police (réglementant par exemple telle ou telle espèce de processions) révoqué parce qu'on le considère désormais comme injuste. La punition des contrevenants, même antérieurs, ne semble guère désirable dans une pareille hypothèse. Le système de von Bar la rend cependant nécessaire. — Et cet inconvénient pratique n'est pas le seul reproche que mérite la conception de von Bar. Son fondement théorique ne nous paraît pas, en effet, exact.

Lorsque l'art. 471, 15°, punit la violation des règlements légalement faits, ce n'est pas exclusivement, ni même principalement, pour assurer l'obéissance aux ordres des autorités compétentes (1), mais pour garantir une vie sociale normale. Certaines mesures, essentiellement variables ou trop détaillées, ne peuvent pas être prises par le pouvoir législatif lui-même, mais sont, néanmoins, socialement utiles ou même nécessaires.

(1) S'il en était autrement, il serait bon de punir la désobéissance à tous les ordres légalement donnés, et non seulement la violation des règlements légalement faits.

Pour que ces mesures soient prises, il faut qu'elles puissent être édictées par des autorités administratives, auxquelles le législateur fera, pour ainsi dire, une délégation partielle de ses pouvoirs. C'est ce qui a lieu dans les hypothèses prévues par l'art. 471, 15°. Les règlements sont de véritables lois, mais des lois d'une catégorie inférieure. Leur violation présente le même caractère que la violation des autres lois. Si des peines la sanctionnent, c'est parce qu'on considère comme utile l'observation de ces règlements, et non pas parce que le législateur veut assurer l'obéissance aux autorités administratives. Et, dès lors, l'art. 471, 15° prévoit, non une seule infraction consistant toujours dans des actes de désobéissance, mais autant d'infractions pénales qu'il y a de règlements différents. La sanction, toujours la même, est fournie par l'art. 471 ; les incriminations, multiples et variables, se trouvent édictées par les différents règlements en question.

154. — Ainsi, la conception de von Bar doit être rejetée, la nature des contraventions de police étant la même que celle des autres infractions. De cette identité de nature semble devoir résulter une identité dans la solution de notre problème. L'art. 1 du C. C. et l'art. 4 du C. P. semblent imposer ici, comme partout ailleurs, le principe de la rétroactivité de la loi et l'exception de la loi ancienne plus douce. Telle est, en effet, la règle. Mais nous ne croyons pas que cette règle aboutit

nécessairement aux conséquences peu désirables signalée au n° 151.

En effet, pour qu'on puisse se prévaloir des règles sur le conflit des lois, il faut qu'il y ait des lois successives. Cette condition se trouve remplie lorsqu'un nouveau règlement vient abroger un règlement antérieur. Et alors il n'y a pas de doute : les anciennes contraventions non encore jugées resteront impunies. Mais la situation n'est pas tout à fait la même dans l'hypothèse rapportée au n° 151, et dans les autres hypothèses analogues. On interdit la circulation sur une voie publique pendant la durée des travaux de réparation qui devront y être effectués. Les travaux sont terminés. La circulation est désormais libre. Est-ce à dire que l'ancien règlement est abrogé ? Nullement. Aucune nouvelle infraction n'est, sans doute, plus possible, car les conditions de fait dont elle suppose la réunion feront forcément désormais défaut. Mais le règlement lui-même subsiste. Et rien n'empêche qu'il soit appliqué aux contraventions déjà réalisées.

155. — La restriction qui vient d'être indiquée a une portée générale. Elle l'a dans ce sens que cette restriction doit recevoir application dès qu'il s'agit des règlements qui ne peuvent plus être appliqués, non pas parce qu'ils sont abrogés, mais parce que les conditions de fait dont ils impliquent la réunion sont devenues en partie impossibles. Elle l'est aussi dans cet autre sens

que, d'une application particulièrement fréquente en matière des règlements de police, elle doit être étendue cependant aussi aux autres dispositions légales présentant un caractère analogue. Pour cette dernière hypothèse, la règle en question a été formulée par von Bar (1).

(1) V. *op. et loc. cit.*

SECTION QUATRIÈME.

Des répercussions pénales des modifications dans des lois extra-pénales.

SOMMAIRE: 156. Position de la question. — Exemples. — 157. Le système de l'extension des principes généraux. — Arguments. — 157 *bis*. Critique. — 158. Système ne permettant pas de tenir compte des modifications extra-pénales. — 159. Suite. — Arguments. — 160. Suite. — Critique. — 161. Systèmes intermédiaires. — 162. Suite. — Le système de von Bar. — 163. Suite. — Le système de Kohlrausch. — 164. Conclusion.

156. — La loi pénale détermine, d'habitude, la peine des infractions qu'elle établit sans faire emploi d'aucun autre terme ou notion juridiques que les termes et notions du droit pénal lui-même. Aussi, en règle générale (1), aucune question ne se pose ni ne peut se poser en ce qui concerne l'influence des lois extra-pénales sur le degré de gravité proprement dite d'une loi pénale. — Mais les parties des lois pénales qui déterminent les infractions et protègent des droits, c'est-à-dire des biens juridiques, sont, au contraire, souvent amenées

(1) Mais il n'en est pas ainsi d'une façon nécessaire. On peut par exemple, concevoir une loi pénale établissant une amende calculée d'après une peine civile fixée par des textes du droit privé.

à faire appel à des notions juridiques autres que des notions pénales proprement dites. Ainsi, les textes sur le faux-monnayage, qui protègent surtout le droit exclusif de l'Etat à la frappe de la monnaie, emploient nécessairement le terme et la notion de la monnaie, dont le contenu et la valeur dépendent des dispositions légales autres que les dispositions pénales. Ainsi, en protégeant les droits réels, le droit criminel a souvent recours à la notion de la propriété ; une notion qui, cependant, est essentiellement une notion du droit civil. Ainsi la bigamie suppose deux mariages successifs. Ainsi encore l'art. 408 du C. P. se réfère à une quantité des contrats de droit privé : louage, dépôt, nantissement, prêt à usage, travail salarié ou non salarié. — Or, supposons qu'une loi nouvelle modifie certaines dispositions légales concernant des notions auxquelles fait également appel le droit pénal. Une telle modification légale peut incontestablement avoir pour effet de rendre licites dans l'avenir des faits qui, auparavant, étaient délictueux ou, au contraire, de rendre délictueux des faits anciennement licites. Une loi démonétise, p. ex., une partie du stock métallique d'un pays : une contrefaçon postérieure des pièces démonétisées ne constituera sûrement plus un des crimes ou délits prévus par l'art. 132 et suiv. du C. P. Une restriction de la notion de la propriété rendra désormais impossibles tels ou tels délits qui, anciennement, pouvaient être commis. Dans un pays qui reconnaît la validité d'un mariage

religieux non précédé d'un mariage civil, l'introduction du système français ne permettra plus de qualifier de bigamie un simple mariage religieux postérieur à la promulgation de la loi nouvelle. — Et, d'autre part, que l'on suppose, p. ex., une loi civile extensive de la notion du dépôt ; le champ d'application de l'art. 418 du C. P. se trouvera par cela même forcément élargi.

Aucune difficulté ne se présente donc lorsqu'on se trouve en présence d'faits postérieurs à la promulgation de la loi extra-pénale nouvelle. Il en est autrement lorsqu'il s'agit des faits antérieurs à cette loi. Les faits constitutifs des crimes ou délits de l'art. 132 et suiv. du C. P. étaient déjà effectués quand la loi nouvelle a été promulguée. Le second mariage religieux a déjà été célébré. Les « effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge » ont déjà été détournés ou dissipés. La loi extra-pénale nouvelle, qui rend désormais impossible, ou qui, au contraire, permet qu'on considère, dans de semblables circonstances, comme constitués les crimes et délits de fausse monnaie, de bigamie, d'abus de confiance, devra-t-elle être considérée comme une loi adoucissant la législation pénale antérieure et déclarée, en conséquence, immédiatement applicable ? Ou, au contraire, les faits anciens conserveront-ils le caractère que leur attribuaient les lois en vigueur au moment de leur perpétration ? Aucun doute n'existe en ce qui concerne les lois qui étendent le

champ de la criminalité possible. Elles ne seront jamais applicables aux faits intérieurs : la règle *nullum crimen sine lege* s'y oppose péremptoirement. Au contraire, s'agissant des lois restrictives, les discussions sont vives (1) et le problème délicat. Deux systèmes absolus se prononcent, l'un dans le sens de l'application, l'autre dans le sens de la non-application de la loi nouvelle. Entre ces systèmes absolus, des systèmes intermédiaires se sont fait également jour. Nous croyons qu'au point de vue législatif, c'est une solution intermédiaire dont la formule, toutefois, n'a pas encore été trouvée, qui devrait l'emporter. Mais aucune solution intermédiaire ne peut être considérée en France, à l'heure actuelle, comme une expression exacte du droit positif.

157. — Le système qui se présente tout naturellement à l'esprit en cette matière, c'est le système de l'extension aux répercussions pénales des lois extrapénales des principes généraux. Lorsque la loi pénale se réfère, comme à un élément constitutif d'un délit, à une notion ressortissant d'un autre domaine du droit, c'est, semble-t-il, à cette notion, non pas seulement telle qu'elle est au moment de la promulgation de la loi pé-

(1) Sur cette question, voyez surtout KOHLRAUSCH, *Strafrechtliche Rückwirkung einer ausserstrafrechtlichen Gesetzesänderung*, *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, t. XXIII, p. 41 et suiv.

nale, mais encore telle qu'elle sera par la suite par l'effet des modifications légales qui pourront se produire, que la loi subordonne l'application de la peine qu'elle établit. Ce point est certain, comme nous l'avons dit, par rapport aux faits postérieurs à la promulgation de la loi nouvelle. Et l'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement s'agissant des faits antérieurs. La loi nouvelle a modifié un élément légal de l'incrimination de telle manière qu'un individu qui tombait sous le coup de la loi ancienne ne tombe plus sous le coup de la loi nouvelle. N'est-il pas évident qu'on se trouve, vis-à-vis de cet individu, en présence d'une *loi pénale plus douce* que la loi ancienne ? Et, dès lors, comment peut-on douter, une fois qu'on admet le principe général de la rétroactivité de la loi plus douce, de l'application immédiate de cette loi nouvelle à ceux qui ont commis les faits désormais licites même avant la promulgation de la loi extra-pénale en question ? — D'où, semble-t-il, nécessité de l'extension du système général à cette matière.

Ces arguments sont, sans conteste, fort impressionnants. Aussi n'est-il guère étonnant que ce système ait été le premier que la doctrine ait développé, et que, encore à l'heure présente, il y a des partisans convaincus. Il a été indiqué jadis en passant par Abegg (1). Il peut aussi se prévaloir de l'autorité de Seuffert (2)

(1) ABEGG, *op. et loc. cit.*, p. 491 et suiv.

(2) SEUFFERT, dans la *Strafgesetzgebung der Gegenwart*, II, p. 456, note 1.

et de von Liszt (3). Citons, à titre d'exemple, l'opinion de von Liszt : « Les normes extra-pénales, dit ce criminaliste, doivent être prises en considération, dans la mesure où elles font subir à une incrimination pénale une modification interne ».

157 bis. — Cependant, ce système se heurte au point de vue législatif à des objections graves. Un faux-monnayeur a contrefait ou émis des espèces métalliques. Au moment du jugement, les espèces par lui contrefaites ou émises n'ont plus cours légal. Dans le système exposé, le faux-monnayeur pourra se prévaloir de la loi nouvelle pour réclamer sa libération. Or, cette solution, qui heurte le sentiment de la justice, serait aussi regrettable au point de vue social. L'individu incriminé a bien révélé par le fait qui lui est reproché ses mauvais instincts. Sa témébrilité exige que la société prenne contre lui des mesures de répression, et ce n'est sans doute pas en le remettant purement et simplement en liberté qu'on l'empêchera de récidiver. Et, d'autre part, assurer dans une pareille hypothèse aux délinquants l'impunité, ne sera-ce pas pousser au délit les faux-monnayeurs possibles dans tous les cas où ils auront l'espoir (fondé p. ex. sur des délibérations législatives) d'un prompt changement dans le système monétaire d'un pays? — On le voit, l'extension du système général à notre hypo-

(3) VON LISZT, *Lehrbuch*, 12^e éd., p. 97.

thèse, donnerait des résultats regrettables, et il en est de même dans nombre d'autres cas de changements dans des lois extra-pénales à répercussions pénales.

158. — Aussi un système différent a-t-il été formulé et est fréquemment enseigné par une partie de la doctrine allemande. La règle de l'application de la loi pénale la plus douce est, dit-on (1), applicable seulement aux lois pénales proprement dites. Dès qu'il s'agit des lois extra-pénales, on se trouve en dehors du champ d'action de cette règle et dans un domaine où le principe de la non-rétroactivité de la loi reprend son empire. D'où cette conséquence que la situation des délinquants intérimaires ne peut être aucunement affectée par un changement législatif extra-pénal.

159. — Quels sont les arguments qu'on fait valoir à l'appui de ce second système ? Le seul qui ait une portée générale (2) et qui possède, en apparence tout au moins, une certaine valeur, est l'argument suivant. Pour qu'on puisse parler de la compétence de la loi la plus douce, encore faut-il qu'on soit en présence de deux lois, différant l'une de l'autre quant à leur degré de

(1) OLSHAUSEN, *op. cit.*, § 2, notes 14, 15 et 16. GOEHRS, *op. cit.*, p. 28 et suiv., LEHMAN, *op. cit.*, p. 67.

(2) Les auteurs allemands invoquent encore un argument de texte qui n'a évidemment aucune portée en dehors du droit allemand. Cet argument est tiré de l'art. 2, § 2 du Code Pénal allemand qui ne parle, en effet, que des lois *pénales*.

rigueur. Cela est possible en droit pénal. Mais cela ne l'est pas dans les autres domaines du droit. Laquelle des deux lois est-elle la plus douce, celle qui admettait le cours légal d'une monnaie déterminée ou celle qui l'a supprimé ? Question bizarre, semble-t-il, car on veut faire usage du critérium de rigueur vis-à-vis des lois au sujet desquelles on ne sait même pas de quelle rigueur peut-il être question. — Et, d'autre part, comme au droit d'une personne correspond toujours l'obligation d'une autre personne, toute mesure favorable à une certaine catégorie des sujets n'a-t-elle pas pour contre-partie nécessaire une restriction imposée à la liberté d'une autre catégorie de sujets ? Il semble bien que oui. Or, s'il en est ainsi, c'est là une nouvelle preuve de ce fait que de deux lois extra-pénales successives aucune ne peut être considérée comme plus douce que l'autre. D'où impossibilité de faire application de la règle de la compétence exclusive de la loi la plus douce.

160. — Tel est le système qui s'oppose à toute extension à notre matière des principes généraux. L'argument juridique invoqué en sa faveur ne peut pas être retenu : s'il prouvait quelque chose, il prouverait trop ; mais, en vérité, il ne prouve rien du tout.

Si cet argument prouvait quelque chose, il prouverait trop. En effet, si jamais une modification extra-pénale ne pouvait être prise en considération, on ne voit

pas la raison qui permettrait de limiter l'empire de cette règle aux actes commis avant la promulgation de la loi nouvelle. Et cependant personne ne songe à l'étendre aux actes postérieurs à la promulgation de cette loi. Qu'une loi nouvelle décide, par exemple, que le contrat de dépôt exige *ad solemnitatem* la rédaction d'un acte notarié. Personne ne songera à poursuivre en vertu de l'art. 408 du C. P. une personne qui aurait dissipé des sommes d'argent qui lui auraient été confiées, postérieurement à la promulgation de la nouvelle loi civile, en vertu d'un contrat de dépôt simplement consensuel. Et cependant, cette solution rigoureuse s'imposerait dans le système critiqué qui, de la sorte, on le voit, prouve trop.

Mais, en outre, l'argument invoqué ne prouve rien du tout. En effet, il constitue un pur sophisme. Lorsqu'on prétend tenir compte d'une loi extra-pénale nouvelle, on ne songe pas du tout à comparer entre elles, au point de vue de leur degré de rigueur, les deux lois extra-pénales en présence. On suppose des lois extra-pénales qui influent sur des notions qui figurent aussi dans des lois pénales et qui, de la sorte, modifient indirectement ces lois pénales elles-mêmes. Malgré son apparente identité, la loi pénale a été, en réalité, modifiée par l'effet du changement extra-pénal. Et le conflit qu'il s'agit de résoudre se produit, en conséquence, entre deux lois pénales successives, dont l'une punissait certains faits, dont l'autre ne les punit plus. Or, comment

pourrait-on contester qu'une loi pénale, qui ne considère plus la contrefaçon de certaines espèces métalliques comme une infraction, est plus douce que la loi pénale antérieure qui punissait cette contrefaçon ? Le législateur aurait pu sans doute modifier directement le texte de la loi pénale. Il a préféré avoir recours à un autre procédé. Et comme le dit quelque part très exactement Binding, le choix par le législateur de cette seconde méthode de rédiger la loi pénale ne doit, semble-t-il, exercer aucune influence sur le fond du droit.

Ainsi, les arguments juridiques dont se prévaut le second système sont inopérants. Ajoutons encore que, même au point de vue législatif, il n'échappe pas à tout reproche. La loi punit l'exercice illégal de la médecine. Elle considère (tel est le système jurisprudentiel) comme coupables de ce délit les raboteux. Supposons que, par suite d'un changement dans les idées, on veuille rendre libre le métier de raboteur et que, pour le faire, au lieu de modifier la loi pénale, on édicte une loi extra-pénale précisant la notion de l'exercice de la médecine. Il semble évident que les raisons générales qui militent en faveur de la rétroactivité des lois plus douces se retrouveraient intégralement aussi dans ce cas.

161. — Ainsi le système qui dénie aux modifications extra-pénales toute influence sur la condition des délinquants de la période transitoire se heurte, comme le système inverse, à des objections d'ordre législatif. Il

est en outre insoutenable au point de vue juridique. L'intérêt pratique considérable de la question et l'insuccès des systèmes extrêmes ont fait naître en cette matière des conceptions intermédiaires. La première a été créée par von Bar (1) ; une autre a été ensuite mise en avant et développée par Kohlrausch (2). Les deux conceptions ont pour point de départ l'affirmation d'une distinction à faire : certaines modifications extra-pénales doivent, à raison de leurs répercussions pénales, être considérées comme des modifications de la législation pénale ; d'autres, au contraire ne présentent pas ce caractère.

162. La doctrine définitive (3) de von Bar a été exprimée par cet auteur dans la formule suivante, d'une clarté insuffisante : « Si l'action est punissable, parce qu'elle blesse un droit déterminé (au cas où les facultés découlant de ce droit ou existant contre lui sont restées

(1) V. BAR, *Ueber einige Fragen der sogenannten rückwirkenden Kraft eines neuen und insbesondere eines milderer Strafgesetzes*, dans le *Goltdammer's Archiv*, XIX, pp. 72 et suiv., cité par Kohlrausch, p. 46, et *Gesetz und Schuld*, p. 79 et suiv. Nous ne parlerons pas de la conception de Binding (qui rattache le problème à la question de savoir si une norme est changée comme mauvaise en elle-même ou dans son ancienne extension ou bien si elle est considérée comme injustifiée dans l'avenir, à raison d'un changement dans les circonstances), *loc. cit.*, p. 257, dont la portée est tout à fait générale.

(2) Dans la *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, n° 23, pp. 41-63.

(3) Sur une conception antérieure, v. KOHLRAUSCH, *loc. cit.*, pp. 46-47.

sans changement), la question de savoir si le droit qui existait auparavant, apprécié d'après la loi postérieure, existerait encore, est sans importance. Si, au contraire, on a modifié les facultés découlant d'un droit ou si, en général, on a modifié les facultés résultant de la liberté générale, alors la loi pénale elle-même est modifiée ». Von Bar précise cette formule par des exemples, dont nous en reproduirons trois :

1° On permet d'utiliser un chemin antérieurement interdit à la circulation ; pas de rétroactivité, car c'est simplement la condition juridique du chemin qui a été modifiée. 2° La loi pénale parle des mineurs, vis-à-vis desquels ou par rapport auxquels certains délits pouvaient être commis ; une nouvelle loi abaisse l'âge de la majorité ; les délits antérieurs ne doivent plus être punis. Mais si, au contraire, la loi ancienne parlait des pupilles, la loi nouvelle n'aura pas d'effet rétroactif. 3° Une loi nouvelle règle d'une façon différente le droit de correction des instituteurs ; cette loi extrapénale devra être considérée comme modificative de la loi pénale. — Ces exemples précisent quelque peu, sans la rendre tout à fait claire, la pensée de von Bar. Nous croyons ne pas la déformer en la traduisant de cette manière : si une loi extra-pénale nouvelle modifie une qualification juridique, elle n'est pas rétroactive. Elle est rétroactive si directement elle permet ou défend ce qui anciennement était prohibé ou autorisé. Il peut sembler en effet que dans l'hypothèse des pupilles, on se trouve en présence

d'une loi modificative d'une qualification juridique ; que, au contraire, dans l'hypothèse du droit de correction, la loi nouvelle rend directement licite un fait anciennement prohibé.

Quelle est la valeur de ce criterium ? Il nous paraît des plus vagues. Dans l'hypothèse deux ci-dessus, même lorsqu'une loi pénale parle directement de minorité, ne peut-on pas dire que la loi extra-pénale qui abaisse l'âge de la minorité est une loi modifiant une qualification juridique, puisqu'elle transforme en majeurs les anciens mineurs ? Et, s'agissant du droit de correction, la même objection ne peut-elle pas être reproduite, la loi nouvelle aboutissant dans ce cas à qualifier de mesure de correction ce qui anciennement était considéré comme des sévices ? Mais, s'il en est ainsi, la formule de von Bar n'a aucune utilité, car elle n'impose aucune solution précise.

163. — La conception de Kohlrausch est quelque peu différente de celle de von Bar, sans être cependant beaucoup plus nette. En droit pénal, il s'agit, en vérité, dit cet auteur (1), des objets de mesures de protection (*Schutzobjekt*) et des normes protectrices. Ce ne sont que ces dernières qui forment le contenu propre du droit pénal, d'où cette conséquence (2) : 1° Quand, par suite

(1) *Loc. cit.*, p. 57.

(2) P. 60.

d'une modification juridique, un objet perd les propriétés à raison desquelles il était protégé par le droit pénal, il n'y a pas là d'adoucissement de la loi pénale ; 2^e Mais quand on lui ôte en tout ou en partie la protection pénale, quoiqu'il conserve ces propriétés, dans ce cas il y a l'adoucissement de la loi pénale.

Ce système paraît à première vue assez précis. Il ne l'est pas en réalité. Sans doute, il y a des cas où il est bien évident qu'il ne s'agit que des lois qui enlèvent à certains biens leurs anciennes qualités juridiques ; telle l'hypothèse d'une loi démonétisant des espèces métalliques antérieures. Mais y a-t-il réellement des lois extra-pénales qui, au contraire, enlèvent à certains objets la protection légale, tout en leur laissant leur caractère juridique antérieur ? Il est permis d'en douter (1). Ainsi dans l'hypothèse, que Kohlrausch cite également, du droit de correction, il n'est pas bien sûr qu'on soit en présence d'une loi de la seconde espèce. Ne peut-on pas dire, en effet, comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, qu'il s'agit là d'une loi enlevant aux actes afférents le caractère juridique des sévices qui les revêtait antérieurement ?

164. — Ainsi les deux systèmes intermédiaires fournissent tous les deux des critères de distinction fort critiquables. Ils reposent en outre sur cette base fautive : il y a des lois extra-pénales qui, tout en ayant des réper-

(1) En dehors évidemment du domaine des *Blankettstrafgesetze* et des lois déclarant directement que telle action déterminée est licite ; mais ce sont au fond des lois pénales proprement dites.

cussions pénales et faisant échapper pour l'avenir à toute incrimination des faits qui auparavant étaient délictueux, ne doivent cependant pas être considérées comme rendant moins rigoureuse la législation pénale antérieure. C'est là, disons-nous, une proposition fausse. En effet, rien ne la justifie en droit. D'autant plus que tout dépend en définitive du procédé de technique auquel la loi pénale a eu recours. Si, au lieu de se référer à des notions extrapénales, la loi pénale les avait précisées elle-même et si le changement législatif aurait de la sorte porté directement sur le texte d'un code ou d'une loi pénale, la rétroactivité de ce changement aurait échappé à toute discussion. Mais, dès lors, comment ne pas être touché de cet argument, déjà indiqué, des partisans du premier système que la forme ne peut pas l'emporter sur le fond ?

Concluons donc. Le seul système juridique, c'est le système qui rejette toute distinction entre les lois extrapénales et les lois pénales. Mais ce système conduit parfois à des conséquences choquantes et qui ne peuvent qu'être regrettées. Il y a là une antinomie qui n'a pas été résolue jusqu'à présent et que pour notre part nous sommes actuellement dans l'impossibilité de résoudre.

La question en France ne s'est pas encore posée en jurisprudence. Quand elle se posera, les tribunaux probablement se laisseront guider par le bon sens plutôt que par les principes (1). Et on ne pourra que les en féliciter.

(1) C'est ce qu'a fait aussi la jurisprudence allemande :

CHAPITRE VIII

Lois nouvelles et chose jugée.

SOMMAIRE: 165. Position de la question. — 166. Considération législative générale.

165. — Une loi nouvelle, moins rigoureuse que la loi ancienne, est promulguée. Il est certain que cette loi nouvelle sera seule compétente (à moins d'une seconde modification légale) vis-à-vis des délinquants futurs. Il est non moins certain qu'elle n'exercera aucune action sur le sort des délinquants antérieurs déjà condamnés et ayant purgé leur peine. Nous venons d'établir qu'elle régira les infractions non encore jugées, même si elles ont été perpétrées sous l'empire de la loi ancienne. Une question doit être encore examinée. La loi nouvelle plus douce influe-t-elle sur les jugements déjà rendus, mais qui ne sont pas encore devenus définitifs? Sur des jugements, même définitifs, mais non encore exécutés intégralement? — Ce problème est important au point de vue pratique. Il est délicat au point de vue théorique, surtout s'agissant des jugements irrévocables. Il se présente sous un aspect différent suivant qu'on est en présence d'un jugement de cette dernière espèce ou d'un

jugement qu'on peut encore faire tomber par l'exercice d'une voie de recours.

166. — Cependant, malgré ce dédoublement, une considération de la plus haute importance est commune aux deux branches de notre question : au point de vue législatif, toutes les deux devraient être réglées dans le sens de l'extension des principes généraux précédemment établis. En effet, le jugement criminel, à la différence du jugement civil, — qui, lui, est peut-être dans une certaine mesure une source particulière du droit, qui, en tout cas, doit établir des relations juridiques stables — ne peut être maintenu, car il n'est justifié, qu'aussi longtemps que les bases sur lesquelles il repose restent solides. Or, une loi nouvelle détruit l'incrimination qui a servi de base à la condamnation ou abaisse la peine. Dans les deux cas, il est manifeste que toute la peine ou que le surplus de celle-ci sont déclarés, par le législateur, inutiles ou injustes. Si l'ancienne incrimination est abolie, plus n'est besoin d'intimider personne. Si l'incrimination étant maintenue, la peine est abaissée, l'effet intimidant et l'effet exemplaire de la peine plus douce étant suffisants, la rigueur plus grande de la loi ancienne apparaît comme inutile. Dans les deux cas, ne pas appliquer la loi nouvelle, c'est aggraver ce mal nécessaire qu'est la peine au-delà des limites que lui assigne son utilité. C'est donc faire œuvre essentiellement mauvaise. — Un exemple l'établira d'une

façon particulièrement frappante. Supposons une loi nouvelle abolissant la peine de mort. Une condamnation a été prononcée antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle, mais n'a pas encore été exécutée. Cette condamnation devra-t-elle être exécutée malgré la promulgation de la loi nouvelle ? Il suffit de poser cette question pour ressentir tout ce qu'il y aurait de choquant dans une réponse qui la trancherait par l'affirmative.

Aussi tout le monde admet-il qu'au point de vue législatif, la solution favorable aux condamnés est, dans tous les cas, la meilleure. On la consacre cependant en pratique seulement lorsqu'il s'agit des jugements non irrévocables ; on la repousse dans l'hypothèse inverse. Cette contradiction, nous le verrons, est susceptible d'explication, mais n'échappe néanmoins pas à toute critique.

SECTION PREMIÈRE.

Jugements susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours.

SOMMAIRE: 167. Opposition et appel. — 168. Pourvoi en cassation. — Généralités. — 169. Premier système. — Arguments. — 170. Système actuel.

167. — Dans tous les cas où il s'agit d'un jugement ayant fait l'objet d'une voie de recours, la pratique française admet que la loi nouvelle plus douce élimine la loi antérieure. Cette solution se justifie avec une facilité particulière en matière des jugements frappés d'appel ou d'opposition.

Lorsqu'il s'agit d'un jugement frappé d'opposition, cette solution est à tel point évidente que jamais la question ne s'est posée, à notre connaissance tout au moins, en jurisprudence. L'art. 187 du C. I. Cr. décide qu'une condamnation frappée d'opposition « sera comme non avenue ». La situation est donc la même que si aucun jugement n'avait été encore rendu. L'application de la loi nouvelle plus douce que l'ancienne s'impose en conséquence.

La solution n'est plus aussi évidente, tout en étant encore certaine, lorsqu'il s'agit d'un jugement frappé d'appel. Sans doute, l'appel n'est pas une voie de rétractation. Mais son effet dévolutif met le juge d'appel dans l'obligation d'apprécier le bien-fondé de la condamnation à la fois en fait et en droit. Une nouvelle loi plus douce a aboli la loi ancienne. L'appliquer, ce serait pour le juge appliquer une loi désormais inexistante ; ce serait manquer à son devoir. Comme le dit fort bien M. Garçon (1) : « le juge en dernier ressort est le véritable appréciateur de la peine ».

Cette solution a été contestée en jurisprudence, mais la Cour de Cassation la fit prévaloir. Citons, à titre d'exemple (2), un arrêt de la section criminelle de la Cour de Cassation, en date du 15 mars 1810 (3), cassant un arrêt de la Cour du département du Tibre. Nous extrayons de l'arrêt de la Cour de Cassation les attendus suivants : « Attendu qu'il est de principe dans la législation française que la peine n'est censée réellement prononcée qu'au moment où il n'existe plus de moyen légal de la faire atténuer, ce qui est si vrai, que le condamné qui décède avant le jugement de l'appel par lui émis meurt *integri statut* ; qu'il suit de là que c'est le tribunal qui juge en dernier ressort qui est le vrai

(1) V. *op. et loc. cit.*, n° 76.

(2) V. aussi les autres décisions citées par M. GARÇON, *op. cit.*, n° 76.

(3) S. Chr.

applicateur de la peine, et que, par suite ce tribunal doit se conformer aux lois existantes au moment où il prononce son arrêt... » Si l'argument tiré du caractère suspensif de l'appel n'est pas très heureux, la solution elle-même est inattaquable.

168. — Ainsi pas de difficulté en ce qui concerne l'opposition et l'appel. La question est bien plus délicate lorsqu'il s'agit du pourvoi en cassation. Dans ce dernier cas, la solution définitive de la jurisprudence ne s'est établie qu'après hésitation. Et si la doctrine française est unanime à approuver la solution jurisprudentielle, à l'étranger la question est discutée, et la jurisprudence allemande, par exemple, s'est affirmée en sens contraire.

Précisons le problème. Aucune difficulté ne surgit, en général, lorsque le pourvoi formé par le condamné est admis. La décision attaquée étant cassée, la juridiction qui aura à statuer de nouveau sur le fond sera évidemment dans l'obligation d'appliquer la loi nouvelle. Mais il en est autrement lorsque la décision a été bien rendue et que le seul reproche qu'elle encourt c'est celui de ne pas être conforme à une loi qui lui est postérieure. Quelle devra être dans ce dernier cas l'attitude de la Cour suprême ? La question a été, comme nous l'avons déjà dit, controversée.

169. — Le premier système, et c'est celui qui se présente tout naturellement à l'esprit en cette matière, con-

siste à dire que le changement de législation ne peut exercer aucune influence sur les décisions de la Cour suprême. La Cour de Cassation a été instituée pour assurer l'unité de la jurisprudence, pour empêcher que des interprétations fausses et divergentes ne fassent un leurre de l'unité de la loi. La Cour de Cassation juge les jugements et elle ne peut les condamner que s'ils ont violé la loi. La loi nouvelle étant postérieure à la décision déferée à la Cour suprême, cette décision n'a pas pu la violer (1). D'où il résulte, semble-t-il, qu'il n'entre pas dans les attributions de la Cour de Cassation de modifier une décision qui applique exactement la seule loi qui existait au moment où cette décision a été rendue.

Un autre argument milite dans le même sens. Sous quelle forme l'intervention de la Cour de Cassation pourrait-elle se manifester ? La loi ne prévoit que l'admission des pourvois et leur rejet. La Cour de Cassation peut casser un arrêt qui lui est déferé, avec ou sans renvoi suivant les cas. Mais il ne semble pas qu'elle puisse casser une décision pour cette raison qu'elle n'a pas appliqué une loi inexistante au moment où elle a été rendue. Il semble donc que le pourvoi doit être rejeté. Mais si le pourvoi est rejeté, tout n'est-il pas fini ? La loi n'a nulle part organisé une procédure générale qui permette de faire revenir devant de nouveaux juges une

(1) Comp. OLSHAUSEN, *loc. cit.*, n° 12 b.

affaire dont la solution judiciaire a fait l'objet d'un pourvoi rejeté.

170. — Ainsi des arguments impressionnants semblent militer en faveur de la solution qui dénie toute influence à une modification légale intervenue avant l'examen par la Cour de Cassation d'un pourvoi formé contre une décision ayant appliqué la loi ancienne. Ces arguments ont à un certain moment entraîné l'adhésion de la jurisprudence à ce système restrictif. C'est ainsi qu'il a été admis par la Cour de Cassation le 12 juin 1863. Un arrêt rendu à cette date (1) déclara que la loi du 13 mai 1863 (c'était dans l'espèce la loi nouvelle) ne pouvait avoir aucune influence dans l'espèce puisqu'elle était intervenue postérieurement à l'arrêt attaqué. Mais la Cour de Cassation ne resta pas longtemps fidèle à ce système. Elle le repoussa déjà le 14 janvier 1876 (2).

Et, depuis lors, il a été constamment jugé (3) qu'une modification législative antérieure à la décision rendue sur le pourvoi devait aboutir, malgré le rejet du pourvoi, à un renvoi de la décision attaquée devant le juge du fait pour application de la peine nouvelle.

171. — Quels sont les arguments qu'on peut faire valoir en faveur du système de la pratique ? En dehors

(1) S. 63. 1. 509.

(2) S. 76. 1. 433.

(3) V. les arrêts cités par M. GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 77.

de l'argument législatif précédemment indiqué, on se prévaut dans ce sens de deux arguments juridiques. Le premier est tiré de l'effet suspensif du pourvoi en cassation en matière pénale. Le second invoque l'art. 19 de la loi du 2 primaire an 8.

Le caractère suspensif du pourvoi ? Cet argument, fréquemment invoqué (1), ne nous paraît pas concluant. Le pourvoi en cassation est sans doute suspensif en matière pénale. Mais quelle influence cette règle peut-elle exercer sur le rôle assigné par la loi à la Cour de Cassation ? Et comment pourrait-elle combler la lacune résultant de l'absence d'une procédure légale en cette matière ? On ne le voit pas. Et d'ailleurs si cet argument prouvait quelque chose, il prouverait trop. En effet, le délai du pourvoi en cassation est lui aussi suspensif. Supposons qu'une loi nouvelle est entrée en vigueur à un moment où ce délai courait encore. Dans le système exposé, la loi nouvelle devrait être dans un pareil cas appliquée. Or l'impossibilité d'une pareille application dans le cas où aucun pourvoi n'a été formé est évidente.

L'argument tiré de la loi du 25 primaire an 8 a une portée bien plus grande. L'art. 19 de cette loi porte : « Quant aux jugements rendus par les tribunaux criminels et contre lesquels il y a pourvoi, si le tribunal

(1) V. par exemple les décisions citées; LABORDE, *op. cit.*, n° 62 b, VILLEY, note au S. 76. I. 434.

de cassation les confirme, il renverra devant lesdits tribunaux, pour appliquer aux condamnés la peine mentionnée en la présente... ». Cette disposition, en combinaison avec les textes qui la précèdent, établit d'une façon péremptoire que le législateur de l'an 8 voulait que les délinquants profitassent des dispositions plus douces de la loi qu'il promulguait, et il établissait dans ce but une procédure particulière. C'est cette disposition spéciale que la jurisprudence généralisa. Généralisation assez critiquable dans son fondement juridique, mais très bonne dans ses résultats.

SECTION DEUXIÈME.

Jugements irrévocables.

SOMMAIRE: 172. Position de la question. — 173. Système dominant. — Arguments. — 173 *bis*. Arguments de doctrine. — 174. Suite. — Arguments de texte. — 175. Critique du système dominant. — 176. Argument décisif imposant l'adoption de ce système. — 177.

172. — Un jugement est devenu irrévocable. Mais une loi nouvelle vient modifier la disposition légale qui lui sert de base, soit en abolissant toute incrimination, soit en atténuant la peine au-dessous de celle qui a été infligée au délinquant par le jugement en question. La loi nouvelle exercera-t-elle une influence quelconque sur la décision rendue? Cette question a été examinée par tous les auteurs et en France presque tous (1) se sont trouvés d'accord pour y répondre par la négative. Toutefois, il n'y a pas unanimité absolue dans ce sens en

(1) Les seuls auteurs français qui se sont, à notre connaissance, prononcés en sens contraire, sont BLONDEAU, note précitée, et VALETTE sur PROUDHON, *Etat des personnes*, p. 36. V. une énumération d'auteurs favorables à l'opinion dominante dans GARÇON, *op. et loc. précités*, n° 79.

France, et à l'étranger les divergences sont encore plus nombreuses. Quels sont les arguments qu'on invoque en faveur du système dominant ? Quelle est la valeur de ces arguments ? Le système adverse ne peut-il pas être admis et si oui, dans quelle mesure ? Nous examinerons rapidement ces questions.

173. — Comme la considération indiquée au n° 166 est tout aussi exacte vis-à-vis d'un jugement irrévocable que vis-à-vis d'un jugement qui ne l'est pas encore, les partisans du système du maintien intégral des décisions irrévocables n'invoquent évidemment pas en faveur de cette conception des considérations d'ordre législatif ; ils admettent même, en général, qu'au point de vue législatif la solution inverse est préférable et souvent la recommandent au législateur (1). Aussi les seuls arguments qu'ils font valoir en faveur de leur conception, ce sont, d'une part un argument de construction juridique, d'autre part, des arguments de texte.

173 bis. — L'argument strictement juridique est tiré de la notion de la chose jugée. Une affaire étant irrévocablement jugée, l'action de la loi se trouve précisée et épuisée et dorénavant c'est le jugement et le jugement seul qui règle et doit régler la condition du délinquant. Il n'en pourrait être autrement que s'il y avait des textes

(1) V., par exemple, GARRAUD, *op. et loc. cit.*, n° 158 ; RENAULT, note au S. 79. 2. 177.

précis, statuant en sens contraire. Or, les textes, ajoutés-on, loin d'écarter le système exposé le consacrent. Le second argument tiré des textes a été développé avec une force particulière par Merlin (1) et à sa suite, par Le Sellyer (2). Nous allons reproduire rapidement l'argumentation de ces auteurs.

174. — Parmi les textes que Le Sellyer invoque à l'appui de la solution qu'il préconise, l'article dernier du Code Pénal de 1791, le décret des 7 et 8 septembre 1792 et la loi du 25 frimaire an 8, présentaient un intérêt particulier.

L'art. dernier du C. P. de 1791 décidait que les crimes commis antérieurement à la promulgation de ce Code et non encore jugés définitivement ne devaient être punis que des peines portées par ce Code, au cas évidemment où ces peines étaient plus douces que les peines anciennes. « Il en était donc autrement, conclut Le Sellyer, pour les individus coupables de crimes commis antérieurement, qui avait été jugés définitivement. »

Tel est l'argument tiré du C. P. de 1791 et, pour le renforcer, Le Sellyer invoque, à l'exemple de Merlin, le décret de 1792 relatif aux demandes en abolition ou commutation des peines afflictives et infamantes. Le C. P. de 1791 abolissait les peines perpétuelles. Le décret de

(1) MERLIN, *Rép.*, v. *Effet rétroactif*, section III, § 11.

(2) LE SELLYER, *op. cit.*, n° 248.

1792 étendit le nouveau système même aux condamnations antérieures. Mais cette extension par une loi nouvelle semble bien indiquer qu'il n'y a pas en cette matière d'extension de plein droit. Cet argument ne pourrait être écarté que si l'on considérait le décret de 1792 comme une loi interprétative. Or, c'est chose impossible, vu que le texte de ce décret (art. 5) indique expressément que l'abolition en question se produirait « à compter de ce jour », c'est-à-dire à compter du jour de la promulgation du décret. Le décret de 1792 ne se bornait pas à abolir, même pour le passé, les peines perpétuelles. Les art. 1, 2, 3 et 4 organisaient, en outre, toute une procédure de révision, tendant à permettre aux personnes définitivement condamnées sous l'empire des lois anciennes de profiter des adoucissements apportés aux peines par le nouveau Code Pénal. Mais c'était là encore, considèrent Merlin et Le Sellyer, une procédure et des dispositions exceptionnelles.

La loi du 28 frimaire au 8 est invoquée également parce que son art. 19 (1) ne parle que des jugements *contre lesquels il y a pourvoi*, ce qui semble exclure les jugements irrévocables.

On peut, en outre, invoquer dans le même sens toutes les dispositions (et elles sont nombreuses, qui, telle la loi du 31 mai 1854 supprimant la mort civile, étendent expressément le bénéfice des règles nouvelles

(1) V. *suprà*.

même à des individus irrévocablement condamnés sous l'empire de la loi ancienne.

175. — Tels sont les arguments invoqués en faveur du système dominant. Quelle en est la valeur ? L'argument de doctrine se rattache à une conception inexacte de la chose jugée : les arguments de texte sont fort discutables.

L'argument de doctrine est inexact. En effet, si en droit civil le jugement est une source particulière du droit, en droit pénal il n'est qu'une forme de l'adaptation de la loi abstraite aux espèces concrètes. Le droit de libre recherche des preuves par le juge, l'absence de tout système des preuves légales, l'existence de la procédure de la révision et ses facilités croissantes établissent l'exactitude de cette proposition. Et, dès lors, il semble bien que la loi sur le fondement de laquelle le jugement a été prononcé se trouvant abolie ou atténuée, la condamnation ancienne ne devrait plus subsister. Comme le dit fort exactement Lassalle, la chose jugée repose en droit pénal sur une présomption de vérité absolue, qui ne peut pas être maintenue dans le cas où elle est apparemment inexacte.

Les arguments de texte sont discutables. Ce sont, en effet, des arguments *a contrario* et rien n'est plus dangereux que cette espèce d'argumentation. Est-on vraiment obligé de considérer les lois précédemment citées

(2) V. GARRAUD, *op. et loc. cit.*, note 15.

comme des lois d'exception ? Ne peut-on pas y voir plutôt des applications d'un principe général ? Et l'extension donnée par la jurisprudence et la doctrine à l'art. 19 de la loi de l'an 8 ne milite-t-elle pas en faveur d'une extension analogue du régime institué par le Décret précité de 1792 ? On peut être tenté de répondre à toutes ces questions par l'affirmative.

176. — Cependant nous inclinons plutôt en faveur du système de la majorité de la doctrine toutefois modifié dans sa base théorique, et en partie aussi dans ses conséquences pratiques. Pour qu'une personne irrévocablement condamnée pût se prévaloir d'une loi nouvelle plus douce, il aurait fallu que le législateur organisât une procédure tendant à cette fin. Or, sans doute, le décret de 1792 organisait une pareille procédure. Mais il ne l'organisait que pour les condamnations criminelles : d'où impossibilité de son extension à toutes les infractions. D'autre part, ce décret était une loi spéciale se rattachant à la promulgation du Code de 1791 par un lien d'autant plus étroit qu'il était inspiré, comme le prouve son préambule, par l'introduction en France du jury criminel : d'où impossibilité d'étendre même aux seuls crimes la procédure organisée par cette loi.

177. — Ainsi en principe les lois nouvelles plus douces

restent sans influence sur les jugements irrévocables. La raison qui impose ce principe en modère en même temps la portée. Si les lois nouvelles restent sans aucune influence sur les condamnations irrévocables, c'est qu'il n'appartient pas au ministère public de modifier les condamnations et qu'il n'y a aucun moyen légal, dans le droit français actuel, de saisir de nouveau le juge d'une infraction déjà définitivement jugée. Mais supposons que pour une raison quelconque, cet obstacle *de fait* se trouve écarté. Il nous paraît certain que dans ce cas le condamné devrait profiter des dispositions favorables de la loi nouvelle (1).

Un arrêt, de la Cour d'Aix (2), en date du 15 mai 1878, nous fournit un exemple permettant de préciser notre distinction et un argument, militant en sa faveur. Un certain Fauveron avait été condamné en 1850 à 5 années de travaux forcés. D'après la loi en vigueur au moment du jugement, les condamnés aux travaux forcés étaient placés de plein droit, après avoir subi leur peine et pendant toute leur vie, sous la surveillance de la haute police. Une loi de 1874 réduisit la durée de la surveillance à 20 années au maximum. Le 12 avril 1878, c'est-à-dire après plus de 20 années de surveillance, Fauveron fut poursuivi devant le tribunal

(1) V. pour une distinction analogue, von BAR, *op. et loc. cit.*, p. 89; ABEgg, *op. et loc. cit.*, p. 488-489.

(2) S. 79. 2. 177.

correctionnel de Marseille pour rupture de ban et condamné à 6 jours de prison. La Cour d'Aix réforma le jugement du tribunal, en se prévalant justement de la loi nouvelle. Ainsi dans ce cas, une loi plus douce a été reconnue applicable malgré l'autorité de la chose jugée. Et il n'y a pas de raison pour ne pas donner la même solution dans toutes les hypothèses analogues.

Conclusion.

178. — Nous avons terminé notre travail. Nous ne considérons pas, en effet, les lois modifiant le mode d'exécution des peines comme de véritables lois de pénalité et nous avons à dessein laissé de côté la question, très discutée en Allemagne, sous le nom du problème des *Antragsdelikte*, de la transformation des délits ne pouvant être poursuivis que sous condition d'une plainte de la partie lésée en délits dans la poursuite n'est plus subordonnée à cette condition ou *vice versa*. Le principe de solution de ce problème doit, croyons-nous, être cherché dans le domaine des règles régissant non les lois de fond, mais les lois de procédure. La matière de la prescription forme également un domaine à part, la question de la rétroactivité des lois de prescription ne pouvant pas être confondue avec la question de la rétroactivité des lois d'incrimination ou de pénalité, domaine auquel nous avons restreint nos recherches.

Nous croyons devoir faire encore une observation. Nous ne considérons que comme provisoire la solution de certains problèmes examinés ici. Il en est ainsi surtout de la question des répercussions criminelles des lois

extra-pénales. Ce problème, pour être réellement tranché, nécessiterait une étude monographique spéciale, et cette étude elle-même ne pourrait, croyons-nous, être menée à bonne fin, qu'à condition d'être précédée d'un examen approfondi de la question générale des rapports entre les lois pénales et les lois extra-pénales auxquelles les premières empruntent certaines de leurs notions. Toutes ces recherches spéciales n'entraient pas dans les cadres de notre étude.

Vu :

Le Président de la thèse,
GARÇON.

Vu :

Le doyen de la Faculté,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

Les Principes.

CHAPITRE I. — Elaboration historique de la règle de la compétence de la loi la plus douce.....	13
<i>Section Première.</i> — Les origines.....	15
<i>Section Deuxième.</i> — Le Moyen-Age.....	23
<i>Section Troisième.</i> — Origines directes du système actuel	28
CHAPITRE II. — La doctrine allemande.....	35
<i>Section Première.</i> — Le système de la commission..	38
<i>Section Deuxième.</i> — Les systèmes admettant la compétence de la loi du jugement.....	60
<i>Section Troisième.</i> — Système de la compétence directe de la loi la plus douce.....	75
CHAPITRE III. — La doctrine française.....	79
<i>Section Première.</i> — La conception courante.....	81
<i>Section Deuxième.</i> — Le système de M. Garçon.....	102
CHAPITRE IV. — Conclusions. — Conceptions de l'auteur.	108
CHAPITRE V. — Les lois intermédiaires.....	127

DEUXIEME PARTIE

Les Applications.

CHAPITRE VI. — Détermination de la loi la plus douce..	144
<i>Section Première.</i> — Lois exclusivement plus douces ou plus rigoureuses	147
<i>Section Deuxième.</i> — Changements en partie favo- rables, en partie défavorables.....	154
CHAPITRE VII. — Du domaine d'application des principes précédemment établis	184
<i>Section Première.</i> — Difficultés se rattachant à la nature des faits incriminés.....	186
<i>Section Deuxième.</i> — Les lois temporaires.....	191
<i>Section Troisième.</i> — Les règlements de police.....	208
<i>Section Quatrième.</i> — Des répercussions pénales des modifications dans des lois extra-pénales.....	216
CHAPITRE VIII. — Lois nouvelles et chose jugée.....	231
<i>Section Première.</i> — Jugements non irrévocables....	234
<i>Section Deuxième.</i> — Jugements irrévocables.....	241
CONCLUSION	249

